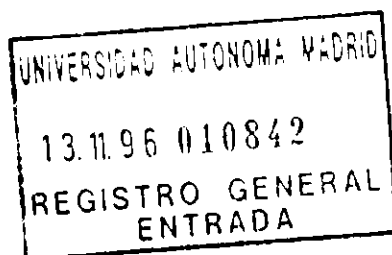


UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

RESULTADO LESIVO E IMPRUDENCIA



Tesis presentada por el licenciado
D. Bernardo José Feijóo Sánchez
para la obtención del grado de Doctor

Director de la Tesis
D. Gonzalo Rodríguez Mourullo,
Catedrático del Area de Derecho Penal

RD 100334



1996

ABREVIATURAS

AK	Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch
ADP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AP	Actualidad Penal
A. P.	Audiencia Provincial
art.	artículo
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BayObLG	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgericht in Strafsachen (sentencias del Tribunal Superior del Land de Baviere en asuntos penales -colección oficial-)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal de la República Federal de Alemania)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en asuntos penales -colección oficial-)
cap.	capítulo
C. E.	Constitución Española
cfr.	<i>confer</i> (compárese)
C. J.	Cuadernos Jurídicos, citada por nº de revista
coord.	coordinado
C. P.	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
D.	Decreto
dir.	dirigido
DJT	Deutscher Juristentag (Jornadas alemanas de juristas)
DP	Doctrina Penal
ed.	edición
edit.	editor
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, 1995
-FG	Festgabe
-FS	Festschrift
fto. jco.	fundamento jurídico
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GS	Der Gerichtssaal
-GS	Gedächtnisschrift
JA	Juristische Arbeitsblätter
JB1	Juristische Blätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KK-OWiG	Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGP	Ley General Penitenciaria
L-H	Libro-Homenaje
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MonSchrKrim.	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica Seix
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

n.	nota
nº	número
nº marg.	número marginal
nums. margs.	números marginales
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
NPP	Nuevo Pensamiento Penal
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del lugar citado a continuación)
p.	página
pp.	páginas
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PJ	Poder Judicial, citada por nº de revista
RD	Real Decreto
RDCirc.	Revista de Derecho de la Circulación
Rechtstheorie	Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RGSi	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo Imperial en asuntos penales -colección oficial)
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
Riv. it. dir. pen.	Rivista italiana di diritto penale
s.	siguiente
ss.	siguientes
S.	Sentencia
SS.	Sentencias
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
StV	Strafverteidiger
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht/Revue Pénale Suisse/Rivista Penale Svizzera
T. S.	Tribunal Supremo
T. C.	Tribunal Constitucional
VDAT	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil
vid.	<i>vide</i> (véase)
wistra	wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
WK	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZschwR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, citada por número de revista
ZVerkS	Zeitschrift für Verkehrssicherheit

INDICE

CAPITULO PRIMERO: Estudio crítico de la evolución del tratamiento dogmático de la relación entre resultado lesivo e imprudencia

I. Introducción

1. Planteamiento de la cuestión
2. Estado de la cuestión

II. El delito imprudente y la « teoría de la coacción psicológica »

1. Primeros tratamientos sistemáticos desde la « teoría de la coacción psicológica »
2. STÜBEL, ALMENDIGEN, KLEIN
3. FEUERBACH
4. Los hegelianos

III. El deber objetivo de cuidado como elemento del tipo de injusto y el deber subjetivo de cuidado como elemento de la culpabilidad: las contribuciones de ENGISCH y WELZEL

III.A. La concepción normativa de la culpabilidad como presupuesto de las contribuciones de ENGISCH y WELZEL

1. El paso de la concepción psicológica a la concepción normativa de la culpabilidad

III.B. La contribución de ENGISCH

1. El cuidado necesario en el tráfico como elemento del tipo
2. Dolo e imprudencia como « injustos típicos evitables »
3. El deber de cuidado externo y la « teoría de la adecuación »
4. Conclusión

III.C. La concepción de WELZEL

1. La influencia de la obra de WELZEL
2. Los problemas de la « doctrina final de la acción » con el delito imprudente

III.C.1. Los primeros planteamientos de WELZEL

1. Diferencias entre el delito doloso y el imprudente en el tipo de injusto
2. El carácter normativo del cuidado necesario en el tráfico
3. El injusto imprudente como injusto de causación evitable
4. Los problemas de WELZEL con la imprudencia inconsciente

III.C.2. El giro de WELZEL

1. Las críticas de NIESE

2. La reacción de WELZEL frente a las críticas de NIESE
3. La formulación nomológica de la posición de WELZEL
4. La determinación del deber objetivo de cuidado por parte de WELZEL

IV. La « previsibilidad objetiva »

1. Fundamentos
2. La medida del juicio de peligro
3. Defectos

V. El riesgo permitido

1. La medida normativa del cuidado. El « hombre medio »
2. Consecuencias prácticas
3. Las ventajas de la idea del riesgo permitido
4. Conclusión

VI. Principales inconvenientes de la construcción de WELZEL

VI.A. Dificultades de concreción

1. El tipo imprudente queda convertido en un *crimen culpae* con resultado
2. Matizaciones

VI.B. Fundamento de la tipicidad en un momento omisivo o hipotético

1. Fundamento del tipo en una omisión
2. Razones para esta conclusión
3. Objeciones de la doctrina mayoritaria
4. Tres ejemplos: BINA VINCE, ZIELINSKI y STRATENWERTH

VII. El papel del resultado en el tipo de injusto del delito imprudente según WELZEL

1. Influencia de WELZEL en la doctrina posterior
2. Los criterios de imputación del resultado

VII.A. La « previsibilidad objetiva » como « realización del riesgo »

1. Fundamento del criterio

VII.B. Las conductas alternativas adecuadas a Derecho

1. Fundamento del criterio y planteamiento de la cuestión
2. La « teoría de la evitabilidad » como doctrina mayoritaria y sus deficiencias
3. La raíz material de la cuestión. Tratamiento de la solución que se considera más idónea
4. Problemas de la « teoría de la evitabilidad » frente a la solución adoptada
5. Conclusión

VIII. Otras aportaciones coetáneas a WELZEL

1. La « doctrina social de la acción »
2. El resultado como indicador de un injusto más grave. La « revalorización » c imputación del resultado
3. Influencia del Derecho positivo

IX. La « teoría de la imputación objetiva »

1. La visión teleológico-funcional del tipo
2. La unificación de criterios objetivos para el tipo doloso y el imprudente

IX.A. La « teoría de la imputación objetiva » en el delito imprudente: ¿ El « incremento del riesgo » como principio fundamentador del tipo ?

1. La « teoría del incremento del riesgo ». Críticas.

IX.B. La « teoría de la imputación objetiva » en el delito imprudente: ¿ El « fin de protección de la norma » como criterio decisivo para la imputación de resultados ?

1. La posición de GIMBERNAT
2. El desarrollo del criterio en la doctrina alemana

IX.C. La superación definitiva de la « doctrina final de la acción ». El traspaso d « teoría de la imputación objetiva » al ámbito del delito doloso

1. Las críticas de ROXIN a WELZEL
2. « Imputación objetiva » y delito doloso
3. El criterio de la creación de un riesgo típico o no permitido
4. « Imputación objetiva » y tentativa
5. Las diferentes consecuencias del criterio del « fin de protección de la norma » el delito doloso y en el delito imprudente
6. Los criterios de la « teoría tradicional de la imputación objetiva »
7. Críticas desde el finalismo. Respuestas a las críticas.

IX.D. Críticas a la « teoría tradicional de la imputación objetiva » inspirada en construcción político criminal de ROXIN

1. Exposición de las críticas
2. Matizaciones

X. La versión jurisprudencial de la « teoría de la imputación objetiva »

1. Estado de la cuestión
2. El paso de las « teorías de la causalidad » a las « teorías de la imputación »
3. Evolución jurisprudencial

XI. Las « nuevas teorías de la imputación objetiva »: la reformulación de JAKOB FRISCH

1. Aspectos comunes
2. JAKOBS
3. FRISCH

XII. Conclusiones

CAPITULO SEGUNDO: Presupuestos dogmáticos para una reconstrucción sistemática de la relación entre resultado lesivo e imprudencia

I. Introducción

1. La importancia de una reconstrucción sistemática del objeto de estudio
2. La aceptación de la « teoría del injusto personal » por razones dogmáticas
3. El comportamiento como sustrato del injusto penal
4. La aportación de WELZEL
5. El injusto como infracción de un deber

II. Presupuestos metodológicos: una teoría teleológica del Derecho penal

1. Críticas a una fundamentación ontológica del injusto
2. Críticas a la visión del injusto de la « doctrina final de la acción »
3. Las ventajas de los sistemas orientados teleológicamente frente a los sistemas ontológicos
4. Conclusiones finales

III. La función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho

1. La función del Derecho penal en una sociedad moderna como referencia sistematizadora
2. La « imputación objetiva » como mero principio programático
3. La « interpretación constitucional » del Derecho penal

IV. La imputación jurídico-penal como imputación personal. Sobre el concepto persona en el Derecho.

1. El concepto normativo de persona como base legitimadora de la imputación jurídico-penal
2. Críticas a la prevención especial
3. Las diferentes teorías preventivo generales

4. Críticas a la prevención general negativa
5. La legitimación de la prevención general positiva como función del Derecho penal en nuestro sistema constitucional
6. El concepto normativo de persona como concepto esencial de nuestro orden constitucional
7. El principio de autonomía o autodeterminación

V. El fundamento de la culpabilidad (sobre la función constitucional de la teoría jurídica del delito)

1. El concepto de culpabilidad
2. La fundamentación funcional del principio de culpabilidad
3. Profundización en el fundamento de la culpabilidad
4. Una teoría funcional de la retribución
5. Profundización

VI. La pena como instrumento de retribución

1. La pena como réplica normativa
2. La pena como instrumento « plurifuncional »

VII. Recapitulación sobre el fundamento material del delito

1. El delito como infracción de un deber
2. Conclusiones

VIII. Ventajas político criminales de la prevención general positiva

1. Límites político criminales
2. Respuesta a ciertas críticas ideológicas y político criminales que ha recibido la « teoría la prevención general positiva »

IX. Diferenciación con otras posiciones

1. Introducción
2. Críticas a otras « teorías de la prevención general positiva »
3. Críticas al « liberalismo subjetivista-racional »

X. La protección de bienes jurídicos mediante la prevención general positiva

1. La insuficiencia de la función de protección de bienes jurídicos como función legitimadora del Derecho penal
2. Los inconvenientes político criminales de la doctrina mayoritaria
3. Las funciones del concepto de bien jurídico

4. Conclusiones

XI. El injusto específicamente penal

1. La infracción de una norma de conducta como presupuesto positivo de la culpabilidad
2. La configuración de la norma de conducta
3. La norma de sanción. Los requisitos de la imputación jurídico-penal

XII. El resultado como elemento del tipo

1. Resultado, dolo y formulación de los tipos penales
2. Diferenciación entre cuestiones dogmáticas y político criminales
3. Resultado e imprudencia en el Código penal español
4. La fundamentación material de la imputación de resultados

CAPITULO TERCERO: Reconstrucción de la relación entre resultado lesivo e imprudencia I. 1.: El tipo objetivo (la imputación objetiva de riesgos)

I. Introducción

1. Consideraciones generales sobre el tipo objetivo

II. La imputación objetiva de riesgos

1. El concepto de riesgo
2. Los requisitos objetivos para la imputación del riesgo
3. La creación de riesgos « de propia mano »
4. La superación de « criterios fácticos » de imputación de riesgos
5. La idea de la injerencia como criterio de imputación
6. De la creación de riesgos como criterio básico de imputación a la obligación de controlar ciertos riesgos o ciertas fuentes de peligro
7. Otras modalidades de imputación de riesgos
8. Consecuencias prácticas y ejemplificación

III. El ámbito de protección o alcance del tipo

1. Introducción
2. Delimitación de cuestiones dogmáticas y cuestiones político criminales
3. Interpretación teleológica y tipos puros de resultado

IV. El favorecimiento de realizaciones del tipo

1. Presentación de la cuestión

IV.A. La participación imprudente

1. Introducción

2. Defensa de la posibilidad de delimitar niveles de responsabilidad por un mismo hecho en el delito imprudente

3. Estado de la cuestión

4. La « teoría del dominio del hecho »

5. Críticas a los presupuestos dogmáticos y a las conclusiones de la « teoría del dominio del hecho » en el ámbito del delito imprudente

6. Influencia de la posición defendida en la imputación de resultados

IV.B. La autoría mediante el favorecimiento o motivación de creaciones de riesgos

1. Planteamiento de la cuestión

IV.B.1. El favorecimiento de delitos por parte de garantes de protección

1. Desarrollo del problema

2. Excepciones

3. Deberes de control por parte de la administración

IV.B.2. La autoría mediata en el ámbito del delito imprudente

1. Introducción

2. Defensa de la autoría mediata en el ámbito del delito imprudente

3. Modalidades de autoría mediata

4. Favorecimiento de la creación de riesgos por parte de inimputables

5. Otros supuestos de autoría mediata

IV.C. ¿ « Prohibición de regreso » ?

1. Introducción

2. Nadie puede ser hecho responsable del injusto de otro

3. La « teoría de la interrupción del nexo causal »

4. La « teoría tradicional de la prohibición de regreso »

5. La « teoría tradicional de la imputación objetiva »

6. La posición de WEHRLE

7. La posición de FRISCH

8. La posición de JAKOBS

9. Posición personal

10. El favorecimiento del delito antes de la resolución delictiva del autor

11. El favorecimiento del delito después del comienzo de la tentativa o del inicio la ejecución del tipo

12. « Casos límite »

13. Supuestos con posiciones de garantía
14. Relaciones con el principio de confianza
15. Los criterios desarrollados no sirven cuando alguien reúne los requisitos objetivos de la autoría

V. El favorecimiento de autolesiones

1. Introducción
2. Principios de autonomía y autorresponsabilidad
3. Interpretación gramatical y sistemática

V.A. La cuasi autoría mediata (instrumento que no realiza el tipo objetivo)

1. Planteamiento de la cuestión
2. El favorecimiento o motivación de autolesiones por parte de inimputables
3. Otros supuestos de cuasi autoría mediata
4. « Instrumento » que se autolesiona por error
5. « Instrumento » que actúa motivado por un estado de necesidad creado por un tercero

V.B. « Casos límite » de autolesiones

1. Planteamiento de la cuestión
2. La solución mediante la referencia al deber de cuidado
3. La referencia a la « actuación a propio riesgo »
4. El Derecho positivo (arts. 143 y 155 C. P.)
5. Ejemplificación con el contagio del V. I. H.
6. Conclusiones

VI. Conclusiones finales

CAPITULO CUARTO: Reconstrucción de la relación entre resultado lesivo e imprudencia I. 2.: El tipo objetivo (la imputación objetiva de resultados)

I. Consideraciones generales

1. Introducción
2. La imputación objetiva del resultado como presupuesto de la imputación subjetiva
3. Supuestos que serán tratados en este capítulo

II. Ejemplificación y profundización

II.A. Problemas que suscitan los tratamientos médicos que son consecuencia necesar de una conducta típica para paliar sus efectos lesivos

1. Introducción
2. Criterio general de solución
3. Problemas con los tratamientos médicos
4. Problemas con la omisión
5. Conclusión

II.B. Problemas de los comportamientos autolesivos o descuidados de la víctima posteriores a la creación del riesgo

1. Introducción
2. Supuestos en los que el resultado sólo es concreción de un riesgo creado por la propia víctima
3. Supuestos en los que la víctima agrava las lesiones o su situación
4. Problemas con los comportamientos omisivos de la víctima
5. Críticas a otras posiciones y profundización
6. Decisiones racionales de la víctima
7. Lesiones a inimputables

II.C. Las denominadas « lesiones consecuenciales »: problemas de imputación de resultado relacionados con las segundas consecuencia lesivas distanciadas en el tiempo de las « consecuencias inmediatas » del delito

1. Planteamiento de la cuestión
2. Riesgos que han desembocado en una « vía muerta »
3. Afectación del sistema corporal de defensas
4. Problemas con los resultados producidos años después de la creación del riesgo
5. Otros casos menos relevantes

III. Conclusiones

CAPITULO QUINTO: Reconstrucción de la relación entre resultado lesivo e imprudencia II. 1.: El tipo subjetivo (la imputación a título de imprudencia)

I. Consideraciones generales

1. La decisión como criterio decisivo de imputación del injusto
2. Injusto como infracción de la norma de conducta valorada *ex post*

3. ¿ Perspectiva *ex ante* objetiva ?
4. El injusto como infracción de una norma penal (medida normativa)
5. Profundización

II. La imputación a título de dolo

1. El injusto doloso de resultado
2. El injusto doloso como infracción de un deber
3. Tipo objetivo y dolo
4. Críticas al elemento volitivo como criterio diferenciador entre dolo e imprudencia
5. Críticas a la posición de ARMIN KAUFMANN
6. Motivos y culpabilidad
7. Conclusión de las críticas anteriores
8. Las « teorías hipotéticas del consentimiento » como teorías superadas
9. El dato intelectual como criterio diferenciador decisivo entre dolo e imprudencia
10. Sobre el concepto de dolo
11. La importancia de una correcta teoría del tipo objetivo. El dolo como reflejo psicológico del tipo objetivo
12. Otras posiciones cercanas
13. El fundamento del mayor desvalor del injusto doloso
14. Situación jurisprudencial

III. Consideraciones político criminales

1. Planteamiento de la cuestión
2. La propuesta de JAKOBS
3. Problemas relacionados con el conocimiento como criterio fundamentador del injusto doloso
4. Propuesta personal de *lege ferenda*

IV. La delimitación fáctica entre dolo e imprudencia

1. Introducción
2. Los problemas probatorios del dolo
3. Indicadores del dolo

V. La imputación a título de imprudencia. La determinación del deber de cuidado

1. Introducción
2. ¿ Son los tipos imprudentes tipos penales en blanco ?

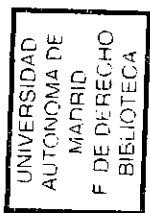
3. La posibilidad individual de conocer y evitar como límites de la imputación a título de imprudencia
4. Supuestos de omisión
5. Supuestos de comisión
6. El fundamento funcional del injusto imprudente (de la norma de cuidado)
7. El fundamento del deber de cuidado
8. La determinación del deber de cuidado

VI. El riesgo permitido

1. Planteamiento de la cuestión
2. El fundamento de la relevancia penal del fenómeno del riesgo permitido
3. Visiones erróneas del instituto del riesgo permitido
4. Riesgo permitido y sociedad
5. El riesgo permitido como criterio para determinar el deber de cuidado
6. La imprudencia en la « sociedad del riesgo »
7. Riesgos con « legitimidad histórica »
8. Ambitos con reglas jurídicas de cuidado
9. La estandarización del cuidado debido en ciertos ámbitos sociales
10. Profundización. Especial consideración de la « imprudencia por asunción »
11. El papel de las normas extrapenales de seguridad en la dogmática de la imprudencia
12. Algunos supuestos en los que la infracción de una norma extrapenal no equivale a infracción del deber de cuidado
13. Supuestos en los que se infringe el deber de cuidado aunque se hayan respetado las normas extrapenales
14. Deber de cuidado y estándar técnico
15. Otros datos que ayudan a determinar la existencia de una infracción del deber de cuidado

VII. El principio de confianza

1. Planteamiento de la cuestión y fundamento del principio de confianza
2. El principio de confianza como principio general relacionado con los deberes de garante con terceras personas
3. Principio de confianza y previsibilidad
4. El fenómeno de la división horizontal y vertical del trabajo y el principio de confianza
5. El principio de confianza no opera de forma homogénea en todos los supuestos. El deber de cuidado depende de la posición que se ocupe



VIII. Límites al principio de confianza

1. ¿ Ampara el principio de confianza sólo al que se comporta de forma cuidadosa
2. Motivos objetivos concretos de la existencia de una conducta antijurídica
3. Principio de confianza e inimputables
4. Principio de confianza e incapaces sectoriales

CAPITULO SEXTO: Reconstrucción de la relación entre resultado lesivo e imprudencia II. 2.: El tipo subjetivo (la imputación subjetiva de resultados)

I. Consideraciones generales

1. Planteamiento de la cuestión
2. Fundamentos de la imputación subjetiva del resultado
3. Problemas en ámbitos sociales con « riesgos especiales permitidos »
4. Concurrencia de imprudencias e imputación subjetiva del resultado

II. El tratamiento jurisprudencial de la denominada « concurrencia de culpas »

1. Planteamiento de la cuestión
2. Desarrollo

III. ¿ Juegan las conductas alternativas adecuadas a Derecho algún papel para imputación subjetiva del resultado ?

1. La conducta alternativa adecuada a Derecho como criterio auxiliar con alcance limitado
2. Profundización

IV. Conclusiones

Estudio crítico de la evolución del tratamiento dogmático de la relación entre resultado lesivo e imprudencia

I. Introducción

1. El Derecho penal se ocupa de las reglas esenciales de convivencia. A pesar de la existencia del Derecho penal, la realidad nos muestra como la vida social es un flujo constante de acciones peligrosas y lesivas para la vida, la salud y el patrimonio de las personas. A muy pocas de esas acciones las consideramos homicidios o lesiones penalmente relevantes. Y a menos todavía las denominamos homicidios o lesiones imprudentes punibles. Este es el tema del presente trabajo: ¿Cómo individualizamos una conducta como un homicidio, una lesión o unos daños imprudentes? ¿Cuál es, pues, la estructura del delito imprudente?

2. El Código penal recoge una modalidad de imputación imprudente al lado de la dolosa¹. Toda conducta, para ser considerada como delictiva, debe ser realizada, o bien dolosa, o bien imprudente. Esta modalidad es siempre, en principio, menos grave que la dolosa (no sólo la pena de la modalidad imprudente es siempre menor que la de la correspondiente modalidad dolosa, sino que la imprudencia sólo es penalmente relevante en supuestos excepcionales²). Sin embargo, el C. P. no nos da ninguna definición ni ningún dato de sobre lo que hay que entender por imprudencia o imputación a título de imprudencia, como viene siendo tradicional en los Códigos penales españoles. La regulación de la parte general no nos indica mucho más que la necesidad de diferenciar la culpa o imprudencia del dolo y del caso fortuito (falta de imprudencia). La Jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina, ante el silencio de la legislación penal, utilizan para valorar una conducta como imprudente un elemento denominado *deber de cuidado, atención o diligencia necesario en el tráfico social*³. Este deber de cuidado se considera e

¹ Arts. 5, 10, 12 y 14. 1.

² Art. 12 C. P.

³ Recopilaciones bibliográficas y jurisprudenciales sobre el tema se puede encontrar en: CEREZO DE ROSA, ADP 83, pp. 472 s., 484 ss.; el mismo, PG, pp. 415 ss.; CORCOY, El delito imprudente, pp. 57 s. (pp. 60 ss. expone distintas variantes de la posición mayoritaria); NUÑEZ BARBERO, ADP 74, pp. 7 s.; POLAINO, Bien jurídico, pp. 372 ss.; RGUEZ. DEVESA, PG, p. 473; RGUEZ. MONTAÑE, Delitos de peligro, pp. 196 s.; RGUEZ. MOURULLO, PG, pp. 340 ss.; TORIO, ADP 74, p. 58; el mismo, ADP 86, p. 39.

Con respecto a la doctrina de habla alemana, vid. por todos DEDES, Bockelmann-FS, p. 43

la actualidad por parte de un sector destacado de la doctrina y por la Jurisprudencia u

DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, pp. 57 ss.; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 54 ss., qu comienza así su exposición: « Existe el acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia de que imprudencia equivale a lesión del deber de cuidado »; KAMPS, Arbeitsteilung, p. 25; JESCHECK, PG, 54 I 2; TRIFFTERER, PG, p. 141; ULSENHEIMER, Arztstrafrecht, pp. 12 ss.; WESSELS, PG, 15 I 2, todo con abundante bibliografía. Para una concepción global de lo que podemos denominar concepción clásica del delito imprudente vid. la monografía de BURGSTALLER, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht (e especial, pp. 16 ss.). Un interesante resumen de las definiciones y construcciones más interesantes de la doctrina alemana en SCHROEDER, LK, 16/122 ss.

Vid. por todas, las SS. T. S. de 23 de marzo de 1935; 22 de febrero de 1965 (Pte. Riaño); 26 de mayo de 1967 (Pte. Escudero); 12 de diciembre de 1967 (Pte. García Tenorio); 27 de febrero de 1968 (Pte. Escudero); 4 de mayo de 1970 (Pte. Escudero); 16 de octubre de 1970 (Pte. Escudero); 26 de abril de 1971 (Pte. Escudero); 4 de noviembre de 1971 (Pte. Escudero); 13 de noviembre de 1971 (Pte. Díaz Palos); 2 de noviembre de 1971 (Pte. Escudero); 4 de febrero de 1972 (Pte. Escudero); 18 de abril de 1972 (Pte. Díaz Palos); 22 de mayo de 1972 (Pte. Escudero); 7 de noviembre de 1972 (Pte. Díaz Palos); 29 de enero de 1973 (Pte. Díaz Palos); 7 de abril de 1973 (Pte. Escudero); 15 de junio de 1973 (Pte. Escudero); 7 de noviembre de 1973 (Pte. Hijas); 13 de noviembre de 1973 (Pte. Escudero); 22 de noviembre de 1974 (Pte. Escudero); 12 de diciembre de 1974 (Pte. Díaz Palos); 2 de mayo de 1975 (Pte. Escudero); 27 de mayo de 1975 (Pte. Gil); 23 de diciembre de 1975 (Pte. Díaz Palos); 27 de febrero de 1976 (Pte. Escudero); 15 de marzo de 1976 (Pte. Escudero); 30 de junio de 1976 (Pte. García Miguel); 30 de junio de 1976 (Pte. Díaz Palos); 21 de octubre de 1976 (Pte. Escudero); 17 de enero de 1977 (Pte. Díaz Palos); 23 de febrero de 1977 (Pte. Vivas); 2 de marzo de 1977 (Pte. Castro); 26 de abril de 1977 (Pte. Huerta); 3 de junio de 1977 (Pte. Díaz Palos); 3 de febrero de 1978 (Pte. Díaz Palos); 17 de febrero de 1978 (Pte. Hijas); 5 de abril de 1978 (Pte. Gómez de Liaño); 29 de mayo de 1978 (Pte. Gil); 19 de junio de 1978 (Pte. Gil); 1 de junio de 1978 (Pte. Díaz Palos); 21 de junio de 1978 (Pte. García Miguel); 18 de noviembre de 1978 (Pte. Gómez de Liaño); 19 de diciembre de 1978 (Pte. Díaz Palos); 19 de enero de 1979 (Pte. Gil); 28 de mayo de 1979 (Pte. Castro); 24 de septiembre de 1979 (Pte. Castro); 5 de diciembre de 1979 (Pte. García Miguel); 19 de mayo de 1980 (Pte. Gómez de Liaño); 12 de junio de 1980 (Pte. Gómez de Liaño); 28 de junio de 1980 (Pte. Vivas); 2 de julio de 1980 (Pte. Gómez de Liaño); 11 de julio de 1980 (Pte. García Miguel); 24 de enero de 1981 (Pte. Gil); 13 de febrero de 1981 (Pte. Moyna); 18 de marzo de 1981 (Pte. García Miguel); 28 de mayo de 1981 (Pte. Gil); 13 de junio de 1981 (Pte. García Miguel); 15 de junio de 1981 (Pte. Vivas); 13 de octubre de 1981 (Pte. Gómez de Liaño): « infracción de un deber, que es exigido por la norma sociocultural o jurídica en la actuación de determinadas conductas dentro del interés de la convivencia humana »; 2 de noviembre de 1981 (Pte. Castro); 15 de diciembre de 1981 (Pte. García Miguel); 21 de diciembre de 1981 (Pte. Latour); 26 de diciembre de 1981 (Pte. Castro); 26 de febrero de 1982 (Pte. Moyna); 19 de febrero de 1982 (Pte. Gómez de Liaño); 31 de mayo de 1982 (Pte. Vivas); 1 de octubre de 1982 (Pte. Castro); 28 de febrero de 1983 (Pte. Vivas); 26 de octubre de 1983 (Pte. Gil); 1 de noviembre de 1983 (Pte. Rguez. López); 2 de octubre de 1984 (Pte. Vivas); 30 de octubre de 1984 (Pte. Moyna); 13 de diciembre de 1985 (Pte. Soto); 27 de diciembre de 1986 (Pte. Gil); 14 de mayo de 1985 (Pte. Castro); 28 de septiembre de 1987 (Pte. Soto); 17 de noviembre de 1987 (Pte. Moner); 26 de diciembre de 1987 (Pte. Bacigalupo); 29 de marzo de 1988 (Pte. Soto); 16 de mayo de 1988 (Pte. García Ancos); 27 de mayo de 1988 (Pte. Ruiz Vadillo); 30 de mayo de 1988 (Pte. Soto); 30 de mayo de 1988 (Pte. Bacigalupo); 7 de junio de 1988 (Pte. Huerta); 22 de mayo de 1989 (Pte. Soto); 24 de noviembre de 1989 (Pte. Bacigalupo); 5 de julio de 1990 (Pte. Huerta); 28 de diciembre de 1990 (Pte. Soto); 18 de febrero de 1991 (Pte. García Pérez); 4 de septiembre de 1991 (Pte. Martínez-Pereda); 18 de noviembre de 1991 (Pte. de Vega); 28 de febrero de 1992 (Pte. Moner), para la que la infracción del deber objetivo de cuidado « constituye la esencia del delito de imprudencia »; 13 de noviembre de 1992 (Pte. Delgado); 6 de abril de 1993 (Pte. Moner), en el mismo sentido; 17 de julio de 1995 (Pte. Puerta); 22 de septiembre de 1995 (Pte. Soto), con más referencias; 10 de octubre de 1995 (Pte. Conde-Pumpido); 28 de octubre de 1995 (Pte. Martín Canivell); 29 de febrero de 1996 (Pte. Puerta Luis). En profundidad, sobre la posición y evolución de la Jurisprudencia, PAREDES, Riesgo permitido, pp. 151 ss.

El deber de cuidado como elemento que define a la imprudencia ha tenido acogida en algunos textos legales comparados como el C. P. suizo (art. 18 III) o el austríaco (§ 6 I en el que se define la imprudencia inconsciente y § 6 II en el que se define la imprudencia consciente). El C. P. alemán, en el 46 II, que contempla una serie de criterios para determinar la pena, recoge como uno de ellos la gravedad de la infracción del cuidado. Sin embargo, aunque la Jurisprudencia y doctrina alemanas lo tengan en cuenta sólo para el delito imprudente, la ley no hace ninguna referencia expresa.

elemento privativo del delito imprudente que no sólo lo diferencia del caso fortuito, sino que también lo caracteriza como un *aliud* frente al doloso, donde no se considera necesaria ninguna alusión a un deber de estas características. La doctrina mayoritaria y la Jurisprudencia consideran que el fundamento del desvalor de una conducta como imprudente, frente a la dolosa, reside en «*la infracción, omisión o no cumplimiento de deber de cuidado o diligencia*» expresado por la norma penal. Por tanto, este deber de cuidado, atención o diligencia es el elemento esencial del delito imprudente y el que lo caracteriza como tal. *A sensu contrario*, llama la atención que si la infracción de ese deber objetivo de cuidado fundamenta la responsabilidad por imprudencia, el respeto al cuidado necesario en el tráfico opera como límite a la responsabilidad en todos los delitos realizados de forma imprudente. Esta opinión, absolutamente dominante en la literatura especializada y que ha sido asumida por nuestro T.S., se corresponde con la opinión popular o el lenguaje cotidiano. Cuando la gente se refiere a un hecho imprudente punible o no, del que tienen conocimiento utilizan expresiones como «debería haber andado con más cuidado» que equivale a decir «debería haber sido más prudente». C nosotros mismos, cuando sufrimos consecuencias negativas no pensadas como consecuencia de nuestras propias acciones, nos reprochamos que «eso no hubiera pasado si hubiéramos prestado la atención necesaria»⁴. Parece, pues, que las conclusiones a las que han llegado los estudios científicos y la Jurisprudencia concuerdan con una visión cotidiana de las cosas. Por otro lado, no podemos olvidarnos de que desde las primeras formulaciones teóricas del delito imprudente, el deber de cuidado ha estado presente como un elemento característico de todo delito imprudente. Ello hace pensar que alguna buena razón tiene que existir para ello. También se puede entender que existe un acuerdo en la literatura con respecto a la estructura del delito imprudente. El desvalor de una conducta imprudente se determina conforme a una doble medida: en el ámbito del injusto se enjuicia si la conducta infringe un deber objetivo de cuidado mientras que en el de la culpabilidad se valora si el autor concreto, conforme a sus capacidades individuales, podía cumplir ese deber de cuidado, con el fin de reprocharle con su conducta antijurídica⁵. En consecuencia, parece que toda conducta delictiva no

⁴ Como ha señalado HRUSCHKA, Bockelmann-FS, p. 424, el lenguaje popular nunca dice que se ha hecho algo bien de forma imprudente.

⁵ Esta división tiene su primer tratamiento extenso en ENGISCH, Untersuchungen, pp. 269 ss. y fue adoptada posteriormente por WELZEL. Sobre la evolución histórica del concepto y la situación actual de la doctrina, CORCOY, El delito imprudente, pp. 51 ss.; TORIO, ADP 74, pp. 26 ss.

La relación de los autores que comparten esta posición mayoritaria es muy numerosa: BERDUGO CPC 81, p. 215; BERISTAIN, Cuestiones, p. 121; BOCKELMANN/VOLK, PG, p. 158; BURGSTALLER, que tiene publicada la última monografía en lengua alemana sobre el delito imprudente, es una clara muestra de esta doctrina mayoritaria (Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 16 ss., 24 ss. 32); el mismo, WK, 6/23 ss., con más referencias, que lo considera doctrina absolutamente dominante en Austria; CEREZO, ADP 83, pp. 484 ss., con abundante bibliografía y passim; el mismo, PG, pp. 264

415 ss., con más referencias; CORCOY, El delito imprudente, pp. 126 s., con abundante bibliografía FIANDACA/MUSCO, PG, p. 415; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 55 ss., con abundante referencias; GIMBERNAT, ADP 62, pp. 567 s.; el mismo, Causalidad, pp. 87 s.; GRACIA, Delito contra bienes jurídicos fundamentales, pp. 58 s.; GUALLART, ADP 79, p. 640; HERZBERG, Jura 84 p. 402 y passim; el mismo, Verantwortung, p. 157; HUERTA, Contenido, pp. 44 s., nota 65 JESCHECK, ADP 86, pp. 19 ss., con más referencias; el mismo, PG, 54 I 3, con abundantes referencias; JORGE BARREIRO, Imprudencia, pp. 39 ss., con más referencias; KAMPS, Arbeitsteilung p. 63; KREY, PE, 1/121, con más referencias; KUHLEN, Produkthaftung, p. 84; MAIHOFER, ZStW 70, pp. 187 ss.; MATWALD, Dreher-FS, pp. 450 ss.; H. MAYER, PG, p. 129; MIR PUIG, PG, lección 11; NUÑEZ BARBERO, ADP 74, pp. 76 s., 84, 100, 106; PORTILLA, CPC 91, p. 715; PUPPE, NK 15/1; QUINTERO, PG, p. 299; RGUEZ. MONTAÑES, EJB, p. 3376; RGUEZ. MOURULLO, PG, pp. 340 s.; ROXIN, PG, 24/47, con abundantes referencias de la literatura en lengua alemana SCHÜNEMANN, JA 75, pp. 436 ss., 512 ss.; SILVA, Introducción a El sistema moderno, p. 16 TORIO, ADP 80, pp. 86 s., variando sus posiciones iniciales en las que incluía el deber objetivo de cuidado también en la culpabilidad (ADP 74); ULSENHEIMER, Arztstrafrecht, pp. 12 ss., 148 WEHRLE, Regressverbot, pp. 46 ss., con más referencias; WILHELM, Arbeitsteilung, p. 14 WOLTER, GA 77, p. 257, con más indicaciones; ZUGALDIA, ADP 84, pp. 326 ss.

Un sector de la doctrina tiene en cuenta el aspecto subjetivo (conocimientos y capacidades subjetivas) para determinar el cuidado necesario en el tráfico. Vid. infra nota 205. Este sector se dio cuenta de que el cuidado necesario en el tráfico en sentido tradicional no era satisfactorio para determinar la conducta típica del delito imprudente debido a su rigidez e inflexibilidad y de que la relevancia penal de la conducta varía en función de la situación. Pero se equivocó al intentar solucionar los problemas evidentes de la doctrina tradicional mediante una subjetivización y una asimilación de la determinación de la conducta típica imprudente a la dolosa. Como se verá, en este trabajo se opta por la tesis contraria. Es preciso normativizar y objetivar de forma más satisfactoria tanto el injusto doloso como el imprudente.

Para la doctrina mayoritaria el deber objetivo de cuidado ha evolucionado en su ubicación desde la culpabilidad hasta la tipicidad pasando por la antijuridicidad, manteniéndose el deber subjetivo inamovible en la culpabilidad. De todas maneras, esta cuestión sistemática no recibe una respuesta unitaria por parte de la doctrina. En lo que a la doctrina española respecta, esta opinión mayoritaria tuvo un importante empuje doctrinal desde 1961 debido a la influencia de las consecuencias prácticas que conllevaba la construcción de la « teoría del injusto personal » de WELZEL. La influencia es clara en los autores que trataron en profundidad el tema de la ubicación sistemática del deber objetivo de cuidado a lo largo de los años 60: CEREZO, CONDE-PUMPIDO, GIMBERNAT, CORDOBA, BERISTAIN (al respecto, infra III.C.1).

La Jurisprudencia, desde las históricas sentencias de 11 de junio (Pte. Calvillo), donde se insinuaba y de 16 de junio de 1964 (Pte. Calvillo) donde se confirmaba la aceptación de esta construcción de la teoría jurídica del delito imprudente, se ha sumado a esta posición doctrinal mayoritaria. En esta última sentencia se condensa la construcción hoy en día mayoritaria del delito imprudente: « En la realización del delito culposo cabe distinguir una parte atinente a la acción típicamente antijurídica y otra perteneciente a la culpabilidad, constituida la primera, por la violación objetiva de un deber de diligencia exigible en el tráfico, productora de un resultado y consistente, la segunda, en la reprochabilidad personal de la conducta típicamente antijurídica, atendidas las circunstancias del agente y las circunstancias que configuran concretamente el hecho ». De todas maneras, siguieron existiendo SS. T. S. que no compartían esta sistemática. Sobre la doctrina de la Sala 2ª, surgida a partir de junio del año 64: SS. T. S. de 13 de octubre de 1964 (Pte. Calvillo); 30 de octubre de 1964 (Pte. Calvillo); 12 de noviembre de 1964 (Pte. Calvillo); 25 de noviembre de 1964 (Pte. Calvillo); 23 de septiembre de 1965 (Pte. Calvillo); 9 de mayo de 1966 (Pte. Calvillo); 30 de septiembre de 1969 (Pte. Escudero); 9 de abril de 1970 (Pte. Espinosa); 9 de octubre de 1978 (Pte. Gómez de Liaño); 2 de marzo de 1979 (Pte. Castro); 16 de marzo de 1979 (Pte. Castro); 5 de abril de 1979 (Pte. Gómez de Liaño); 22 de junio de 1979 (Pte. Hijas); 11 de octubre de 1979 (Pte. Gómez de Liaño); 2 de noviembre de 1979 (Pte. Gómez de Liaño); 23 de febrero de 1980 (Pte. Gómez de Liaño); 6 de marzo de 1980 (Pte. Gómez de Liaño); 20 de marzo de 1980 (Pte. Gómez de Liaño); 9 de mayo de 1980 (Pte. Moyna); 2 de julio de 1980 (Pte. Gómez de Liaño); 21 de noviembre de 1980 (Pte. Gómez de Liaño); 5 de febrero de 1981 (Pte. Huerta); 8 de junio de 1981 (Pte. Huerta); 28 de marzo de 1983 (Pte. Huerta); 7 de junio de 1983 (Pte. Gómez de Liaño); 7 de julio de 1983 (Pte. Rguez López); 26 de septiembre de 1983 (Pte. Gómez de Liaño); 19 de diciembre de 1983 (Pte. Gómez de Liaño); 2 de enero de 1984 (Pte. Latour); 3 de febrero de 1984 (Pte. Latour); 28 de febrero de 1986 (Pte. Soto), que define el deber objetivo de cuidado como « un factor normativo o externo, traducido en normas convivenciales y experienciales tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de

dolosa se caracteriza por ser una realización descuidada o poco diligente de un hecho delictivo. Sin embargo, en los últimos 25 años se han alzado voces críticas contra esta idea bastante asentada en la Jurisprudencia y en la literatura especializada⁶. Por ser más exactos, se han alzado contra una determinada concepción del injusto imprudente basada en la idea de la infracción del deber de cuidado. Sin embargo, este trabajo no se ocupa de toda modalidad delictiva no-dolosa, sino exclusivamente de aquellos delitos imprudentes que se encuentran tipificados en la parte especial sólo por su carácter imprudente y por causar un resultado lesivo (homicidio, lesiones y daños imprudentes). En estos casos la

perjuicios a terceros, o en normas específicas reguladoras y de buen gobierno de determinadas actividades que, por fuer de su incidencia social, han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, en cuyo escrupuloso cumplimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro dimanante de las dedicaciones referidas; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes, al provocarse la violación de las susodichas normas, exigentes en el deber de actuar de una forma determinada erigida en regla rectora de un sector actuacional; 22 de abril de 1986 (Pte. Soto); 25 de septiembre de 1986 (Pte. Soto); 20 de enero de 1987 (Pte. Latour); 11 de febrero de 1987 (Pte. Díaz Palos); 19 de junio de 1987 (Pte. Soto); 21 de marzo de 1988 (Pte. Soto); 25 de abril de 1988 (Pte. Soto); 12 de noviembre de 1990 (Pte. Soto); 21 de mayo de 1991 (Pte. Soto); 29 de febrero de 1992 (Pte. Hernández); 17 de noviembre de 1992 (Pte. Soto); 6 de abril de 1993 (Pte. Moner), en la que se puede apreciar claramente el afianzamiento de la doctrina de WELZEL sobre el tipo de injusto del delito imprudente, afirmando esta sentencia que el « deber de cuidado objetivo es el requerido en la vida de relación social respecto a la realización, pues el cuidado que en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor, es una cuestión que afecta a la culpabilidad »; 13 de octubre de 1993 (Pte. Moner), con idéntica doctrina.

En muchos supuestos el T. S. se refiere a un deber objetivo de cuidado o a un deber subjetivo sin hacer referencia a su ubicación sistemática en el tipo de injusto o en la culpabilidad o negando relevancia a la cuestión de la ubicación (S. T. S. de 4 de febrero de 1993 -Pte. Conde-Pumpido-).

⁶ Desde la década de los 70 se han levantado voces en la doctrina criticando este concepto como configurador del desvalor de la conducta en el delito imprudente: JAKOBS, Studien, pp. 56 ss. y *passim* el mismo, PG, 9/5 s.; OTTO, JuS 74, p. 705; RÖTTGER, Unrechtsbegründung, pp. 62 ss., 91 s., 292; SCHMIDHÄUSER, Schaffstein-FS, pp. 131 ss., considera que la infracción del deber de cuidado no aporta nada a la « cognoscibilidad objetiva » como posibilidad objetiva de conocer el riesgo no permitido; SCHROEDER, ZStW 91, pp. 262 s.; el mismo, JZ 89, *passim*; el mismo, LK (9ª ed.), 59/146 ss.; el mismo, LK, 16/127 ss., 157 ss., define la imprudencia « como conocimiento o cognoscibilidad de la posibilidad de la realización del tipo »; WOLTER, GA 77, pp. 263 ss., 268, 274; el mismo, Zurechnung p. 195; el mismo, GA-FS, pp. 304 s., 312; el mismo, Imputación, p. 78, considera que el injusto imprudente tiene una estructura paralela al injusto doloso (identidad estructural del hecho punible doloso y culposo), por lo que si éste consiste en conocer un riesgo típico, aquél consistirá en que el sujeto concreto tenga la posibilidad de conocer dicho riesgo (Imputación, pp. 71, 77). Para este autor la infracción de cuidado forma parte de la posibilidad de conocer el riesgo de resultado: si se hubiera tenido el cuidado debido se hubiera conocido dicho riesgo.

Estos autores suelen hacer referencia a la « cognoscibilidad » (objetiva o subjetiva, según los autores del riesgo. En muchos autores no está claro si por « cognoscibilidad » hay que entender la posibilidad de conocer el riesgo o el criterio más normativo de la exigibilidad de conocer el riesgo. En realidad, la dificultad de encontrar un criterio homogéneo ya se encontraba en el *topos* tradicional de la « previsibilidad objetiva del resultado ». Tampoco en la Jurisprudencia está claro a lo que se quiere referir el T. S. cuando habla de cognoscibilidad (vid. por todas, S. T. S. de 27 de octubre de 1992 -Pte. Bacigalupo-, con más referencias a sentencias del mismo ponente).

En contra de todos estos autores, vid. por la doctrina mayoritaria, BOCKELMANN/VOLK, PG, p. 158; JESCHECK, PG, 54 I 4; KAMINSKI, Der objektive Maßstab, pp. 14 ss., con un amplio resumen del estado de la cuestión en Alemania. En realidad se trata de una discusión esencialmente terminológica para la inmensa mayoría de la doctrina el injusto imprudente tiene su eje en la « cognoscibilidad » y el riesgo permitido o en el cuidado necesario en el tráfico (« previsibilidad objetiva del resultado » y riesgo permitido)..

doctrina acude en el tipo de injusto a ciertos criterios *ex post* (incremento del riesgo, fin de protección de la norma, relación de causalidad de la infracción del deber de cuidado relación de antijuridicidad, relación de riesgo, etc.) para imputar resultados lesivos a una conducta imprudente. Estos criterios se vienen aunando bajo la intitulación de « teoría de la imputación objetiva ». Y, desde esta teoría, también se ha puesto en peligro la idea de la infracción del deber de cuidado, atención o diligencia como elemento esencial y característico del delito imprudente. En tiempos recientes se ha propugnado su desaparición o, al menos, su difuminación dentro de la « teoría de la imputación objetiva », defendiéndose una reestructuración del injusto imprudente⁷. Por tanto, se hace preciso un estudio de las relaciones entre conducta imprudente y resultado lesivo. En este estudio cobran una especial relevancia el concepto de norma o deber de cuidado y la « teoría de la imputación objetiva ». En especial, es preciso determinar su incompatibilidad o las relaciones existentes entre ambos, que es uno de los puntos más oscuros de la moderna teoría jurídica del delito.

En este capítulo pretendo hacer una evaluación crítica de cómo se ha ido evolucionando hacia los problemas actuales y cuáles son las nuevas perspectivas que se le presentan a la teoría del injusto imprudente. Se trata de una evaluación crítica ya que no se expondrán las diversas posiciones de una forma aséptica, sino que se pretende dejar de lado aquellas posiciones que no han podido superar ciertas deficiencias y dejar claro cuáles son las posiciones que permiten un tratamiento más satisfactorio del objeto de estudio de este trabajo. De esta manera, se consigue simplificar la exposición en los capítulos posteriores de las tesis que se mantienen en este trabajo, obviando críticas a otras posiciones y no teniendo que explicar conceptos que se han venido desarrollando en el marco de la dogmática de la imprudencia. De todas maneras, espero que con esta exposición quede reflejado de forma satisfactoria el estado actual de la cuestión tanto en la literatura científica como en la Jurisprudencia.

II. El delito imprudente y la « teoría de la coacción psicológica »

⁷ ROXIN, PG, 24/10 ss.; el mismo, Chengchi Law Review, pp. 229 ss.; TRIFFTERER, Klug-FS pp. 441 s.; el mismo, PG, pp. 139, 141 s., 300 s.; YAMANAKA, ZStW 102, p. 944. Estos autores no consideran que la infracción del deber de cuidado sea un elemento autónomo de la teoría jurídica del delito considerando el cuidado necesario en el tráfico como uno de los muchos criterios de la « imputación objetiva ».

Nuestro T. S. se inclinó hacia esta tesis en la S. T. S. de 11 de febrero de 1987 (Pte. Díaz Palos).

En contra, a favor de una clara delimitación entre infracción del deber de cuidado e « imputación objetiva », GIMBERNAT, Estudios, p. 217; LUZON PEÑA, PG, p. 387.

1. En las primeras formulaciones de la teoría jurídica del delito y hasta llegar a BINDING, el delito no se fundamentaba en la desautorización de unas reglas indispensables de convivencia (teoría de las normas), sino en un proceso interno: la formación interna de la voluntad en cada individuo. De esta manera, el delito doloso podía tener una explicación satisfactoria, pero no así el delito imprudente. Ello no suponía un problema si se podía explicar la parte realmente importante del Derecho penal. Pero poco a poco la realidad social y la aparición de ciertos riesgos habituales en la vida social fueron haciendo que el delito imprudente cobrara una mayor relevancia práctica, por lo que necesitaba un mayor y mejor tratamiento dogmático. Por esa razón los primeros grandes sistematizadores del Derecho penal se vieron en la necesidad de integrar el delito imprudente en sus sistemas. El Derecho positivo así lo exigía. Pero una y otra vez las infracciones imprudentes se negaban a ser objeto de una explicación satisfactoria en el marco de una teoría jurídica del delito que tenía su fundamento en un proceso psicológico de la formación y ejecución de la voluntad interna. Para encontrar los orígenes de este tratamiento dogmático moderno del delito imprudente es preciso remontarse, en mi opinión, a los autores alemanes que con su obra caracterizaron las concepciones imperantes durante el ocaso del S. XVIII y los albores del S. XIX⁸. Evidentemente, la fundamentación de la imprudencia punible tenía que estar estrechamente ligada a la fundamentación imperante del delito. Entre estos autores era absolutamente dominante la concepción de la pena como instrumento que cumple una función de prevención general negativa o intimidatoria. Esta era la primera gran teoría de la pena que había sido desarrollada por personas dedicadas a la dogmática jurídico-penal. La pena se concebía como un instrumento de coacción que influía en el momento de formación de la voluntad. Este apoyo general a la teoría de la coacción psicológica como idea fundamental a partir de la que construir un sistema de la teoría jurídica del delito armonizaba perfectamente con la concepción de la culpabilidad como « la voluntad consciente de una infracción de la ley penal »⁹. De acuerdo con esta concepción de la culpabilidad, sólo podía existir culpabilidad en virtud de un querer defectuoso, pero no en virtud de un defecto cognitivo o entendimiento defectuoso. Estas premisas dificultaban una adecuación del delito imprudente al principio de culpabilidad. De esta manera se produjo un fenómeno en la literatura que BINDING definió de forma genial como « la persecución del dolo en la

⁸ Sobre la evolución doctrinal del delito imprudente a lo largo del S. XIX en los países de habla alemana vid. BINDING, Normen II, pp. 370 ss.; el mismo, Normen IV, pp. 211 ss.; EXNER, Wesen des Verbrechens, pp. 12 ss.; KAMINSKI, Der objektive Maßstab, pp. 39 ss.; A. KÖHLER, Fahrlässigkeit, pp. 11 ss.; LÖFFLER, Schuldformen, pp. 204 ss.; MEDER, Schuld, pp. 129 ss.; NÚÑEZ BARBERO, ADP 7, pp. 70 ss.

⁹ BINDING, Normen IV, p. 211.

imprudencia »¹⁰. La única consecuencia lógica para estos autores consistía en desterrar, a menos, la denominada imprudencia inconsciente¹¹ de la teoría general del delito. La imprudencia inconsciente no podía ser tenida en consideración como delito¹².

2. Por ejemplo, STÜBEL considera que sólo las acciones dolosas son acciones culpables¹³. Sin conocimiento y voluntad no hay culpabilidad. Consecuentemente, sólo la imprudencia consciente, que consiste para este autor en un dolo de peligro con consecuencias no perseguidas intencionadamente es culpabilidad. STÜBEL puede ser considerado el primer autor que construyó de una manera sistemática una teoría del dolo de peligro¹⁴. Para él existían cuatro tipos de acciones: con resultado típico conocido probable, dudoso o, simplemente, posible. Este último tipo de acciones no tenían cabida en su sistema. Y no sólo carecían de relevancia para el Derecho penal, sino también para el Derecho civil¹⁵. La siguiente cita de este autor no deja lugar a dudas: « La peligrosidad de un hombre descuidado tiene un parecido con la peligrosidad de un enfermo mental »¹⁶. Otros autores más atentos a las necesidades de la realidad no renunciaron a la posibilidad de reacción con una sanción penal. Pero no consideraban la imprudencia como una forma de cometer un delito, ya que no se trataba de una acción culpable, sino que la consideraban como un cuasi-delito¹⁷. Así, por ejemplo, ALMENDIGEN, que es el primer autor que escribe una monografía sobre la imprudencia, unifica dolo e imprudencia consciente, concibiendo la imprudencia inconsciente como un defecto de la capacidad de entendimiento¹⁸. La diferencia con STÜBEL reside en su mayo

¹⁰ Normen IV, pp. 328, 540. Sobre los autores que buscaron el dolo en la imprudencia vid. ENGISCH, Untersuchungen, pp. 391 ss.

¹¹ La distinción entre culpa consciente (o inmediata) e inconsciente (o mediata) se la atribuyeron los hegelianos a FEUERBACH (vid. FEUERBACH, PG, 11ª ed., p. 44). Cfr. los hegelianos BERNER Grundlinien, pp. 245 s.; HÄLSCHNER, System I, p. 158; KÖSTLIN, System, p. 175. Sobre dicha atribución y el concepto cfr. KÖHLER, Fahrlässigkeit, p. 392; SCHMIDHÄUSER, GA 57, p. 305; e mismo, PG, 10/86 s., con abundante bibliografía; el mismo, JuS 80, p. 242. Por el contrario BINDING, Normen IV, p. 464, remonta la distinción a épocas anteriores a la obra de FEUERBACH.

¹² ENGISCH, Untersuchungen, pp. 38 ss., 356 ss. Una extensa relación de los autores que, a lo largo del S. XIX y principios del S. XX, consideraron que la imprudencia no es culpabilidad se puede hallar en BINDING, Normen IV, pp. 313 s.; ARM. KAUFMANN, Strafrechtsdogmatik, pp. 133 s.; v. LISZT PG, p. 176, nota 1.

¹³ System II, pp. 32 ss., 41 ss.

¹⁴ Sobre la evolución histórica posterior de este concepto, vid. RGUEZ. MONTAÑES, Delitos de peligro, pp. 41 ss., 114 ss.

¹⁵ System II, pp. 238 s., 284 ss.

¹⁶ System, p. 286.

¹⁷ Cfr. JESCHECK, PG, 54 I 4 a); WELZEL, PG, p. 128.

¹⁸ Untersuchungen, pp. 109, 239.

LÖFFLER, Schuldformen, p. 9, consideró posteriormente que el castigo de todos los supuestos de imprudencia se basaba en una motivación al recuerdo (un ¡ Haz Memoria !). Es decir, también consideraba la imprudencia un defecto de la inteligencia y no de la voluntad. La pena, pues, tenía en estos casos pura

inconsecuencia teórica debido a razones prácticas. Con base en razones de seguridad para la integridad de bienes jurídicos, razones meramente policiales a las que ALMENDIGEN denomina como un problema de « seguridad jurídica », considera necesaria la punición de esa falta de entendimiento¹⁹ aunque no exista culpabilidad. La pena deja de esta manera de poder definirse como tal al no cumplir ya una función intimidatoria y se convierte en una medida educativa y de mejora del individuo que persigue estimular al autor para que en el futuro sea más cuidadoso. La idea que inspira esta construcción es que una experiencia desagradable obliga a reflexionar más adelante²⁰. La pena ya no cumple una función como medio de amenaza, sino que es concebida como una experiencia desagradable para que el individuo que recibe la imposición de la pena mejore de cara al futuro. Por esta razón, por ejemplo, considera ALMENDIGEN que esta modalidad de sanción « no debe infringir dolor sin necesidad »²¹. En el ámbito del delito imprudente renuncia a la teoría de la coacción psicológica como fundamento de la pena, para convertir ésta en un instrumento de prevención especial. Dicho de otra manera, el delito imprudente es considerado como un delito no culpable (cuasidelito²²) ya que la « culpabilidad por error » no es auténtica culpabilidad, sino una *contradictio in adiecto*. Por ello la respuesta apropiada sólo puede consistir en una medida de seguridad²³. Otro autor de la época que pretendió armonizar la imprudencia con la prevención general negativa fue KLEIN. Éste intentó explicar dónde se encontraba la diferencia volitiva de la imprudencia con respecto al dolo. Para este autor la imprudencia consistía en un dolo negativo. Es decir, no cumplirlo debido por preferir dirigir la voluntad hacia otros asuntos. Mientras el dolo considerado como « mala voluntad positiva » consistía en la voluntad dirigida a no evitar la acción, la imprudencia considerada como « mala voluntad negativa » suponía la falta de una voluntad buena tendente a evitar la acción punible y que consiste en no haber querido formarse y estar preparado suficientemente²⁴. El delito doloso consiste en querer de más y el imprudente querer de menos. Al autor imprudente no se le reprocha el haber querido la lesión, sino el haberle faltado la voluntad correspondiente para evitarla. Ahí reside para

razones utilitarias: el legislador se veía obligado para proteger bienes jurídicos a dirigir a los súbditos este tipo de advertencias.

¹⁹ Untersuchungen, pp. 85 ss.

²⁰ Untersuchungen, pp. 103 ss.

²¹ Untersuchungen, pp. 119 s.

²² BUSTOS, Culpa, p. 16. La idea del delito como cuasidelito estuvo presente en las primeras codificaciones españolas, especialmente en la de 1822 que se vio influenciado por esta idea de los Prácticos de Italia. Vid. por todos, CEREZO, PG, pp. 119 s., 124, con más referencias; RGUEZ MUÑOZ, Notas a la traducción del Tratado de Mezger II, p. 185.

²³ Cfr. EXNER, Wesen, pp. 100 ss. Sobre la peligrosidad del autor como fundamento del delito imprudente en las doctrinas italiana y española, QUINTANO, NEJ VI, p. 119.

²⁴ Dolus und culpa, pp. 119 ss. Vid. las críticas de ARTH. KAUFMANN, Schuldprinzip, p. 160.

KLEIN su culpabilidad. El autor imprudente es un autor que no se toma en serio el evitar el resultado. A la tesis de KLEIN se le pueden hacer dos reproches:

a) No se define cómo se diferencia la « voluntad mala negativa » (imprudencia) de la simple « voluntad negativa » o ausencia de una voluntad dirigida al resultado impune (por ejemplo, caso fortuito). KLEIN no ofrece una solución a la cuestión de porqué una conducta que carece de una voluntad que se dirige a la realización del resultado pero la causa es una imprudencia punible y no una conducta penalmente irrelevante.

b) Hablar de una « voluntad negativa » equivale a no hablar de nada. La voluntad negativa no es una voluntad actual, sino una voluntad potencial que no existe. Ya EXNER²⁵ le objetó a la tesis de KLEIN que « la mala voluntad negativa es un fantasma ». La « mala voluntad negativa » no es más que la posibilidad de evitar el resultado (evitabilidad).

3. FEUERBACH fue el primer dogmático moderno que decidió seguir el camino abierto por KLEIN de buscar un momento volitivo en la imprudencia²⁶. La intensa discusión entre ambos les llevó curiosamente a un acercamiento de posturas. Para la evolución de la teoría del delito imprudente es básica la aportación de FEUERBACH, sin la cual no se podrían entender las posteriores aportaciones doctrinales. El padre de la prevención general negativa buscó la manera de profundizar en cómo reprochar al autor imprudente la formación interna de su voluntad. Consideró que había que rechazar la idea del delito imprudente como un cuasidelito y que había que ubicarlo dentro de la teoría general de la imputación²⁷. Al igual que se entendía el dolo como la determinación del querer contrario a la norma, ya que se perseguía una lesión antijurídica, había que hallar en la imprudencia el momento de la infracción voluntaria de la norma. Sólo así podría ser compatible el delito imprudente con el fundamento de su sistema: la prevención general intimidatoria. La tesis de KLEIN no era compatible con la teoría de la coacción psicológica²⁸. FEUERBACH encontró el momento de la « mala voluntad » en el elemento de la *obligatio ad diligentiam* ²⁹. La infracción de esa norma de cuidado propia del delito imprudente era lo que fundamentaba la culpa. Esta norma de cuidado consiste en la

25 Wesen, p. 74. Se suma a las críticas de EXNER (pp. 71 ss.) ENGISCH, Untersuchungen, pp. 457 s.

26 Sobre la coincidencia de ambos autores, KÖHLER, Fahrlässigkeit, p. 360, nota 9.

27 PG, §§ 54 ss. Cfr. v. BAR, Gesetz und Schuld II, p. 440.

28 Revision, pp. 51 s., 56.

29 Betrachtungen, p. 208.

obligación de hacer (u omitir) todo aquéllo que, aún contra la voluntad del autor, puede dar lugar a un resultado antijurídico. Su lesión o infracción dolosa (conociéndolo queriéndolo) fundamenta la imprudencia: « La infracción imprudente no se diferencia en modo alguno de la dolosa por el modo de determinar la voluntad »³⁰. « El dolo antijurídico es la condición de punibilidad de la imprudencia »³¹. FEUERBACH estructura de la siguiente manera el delito imprudente:

a) Aspecto objetivo: por un lado un aspecto normativo que consiste en la existencia de una ley penal que amenace con pena su infracción no dolosa y, por otro, una acción exterior.

b) Aspecto subjetivo: una determinación del querer ilícita. Si bien el autor no ha perseguido voluntariamente la causación del resultado, el querer consiste o bien en contrariar el deber de diligencia o cuidado o bien haber hecho u omitido arbitrariamente algo que se encuentre conectado con el origen de la lesión jurídica, siendo el sujeto consciente de esta conexión o debiendo habido serlo conforme al cuidado debido.

La concepción de FEUERBACH en la que el elemento esencial pasa a ser la *obligatio ad diligentiam* adolece de tres importantes defectos:

a) Aunque la imprudencia queda enmarcada dentro de la teoría general del delito, ello se consigue a costa de una división radical entre el delito doloso y el imprudente. Las teorías que fundamentan el delito psicológicamente caen siempre en una división irreconciliable. Aunque en la teoría de FEUERBACH se consigue fundamentar la imputación en la « mala voluntad », el aspecto objetivo, lo que infringe la voluntad no tiene nada que ver en un supuesto y en el otro. El autor imprudente infringe una norma distinta que el autor doloso.

b) Como pusieron de relieve BINDING y EXNER entre otros³², la teoría de la coacción psicológica convierte al delito imprudente en un delito de omisión³³.

³⁰ Betrachtungen, p. 227.

³¹ Revision, pp. 57, 65.

³² BINDING, Normen II, pp. 370 ss.; el mismo, Normen IV, pp. 219 ss., 320 ss; EXNER, Wese pp. 76 ss. En este aspecto se centraron también las críticas a la concepción de FEUERBACH de v. BAL Gesetz und Schuld II, pp. 439 s. y STORCH, Culp, pp. 4 s.

³³ Esto se puede apreciar con nitidez en las contribuciones de FEUERBACH al Derecho positivo (a 64 del C. P. bávaro de 1813).

c) El deber de diligencia hacía que el delito imprudente se convirtiera en un mero *crimen culpa*³⁴ o delito de imprudencia en el que el resultado dejaba de ser el único

³⁴ Cfr. KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, pp. 359 s.

La doctrina alemana siempre ha atacado desde un punto de vista de fundamentos que la imprudencia suponga un *crimen culpa* o *delictum sui generis*: BINDING, Normen II.1, pp. 236 ss.; el mismo Normen IV, p. 323; BLEI, PG, 82 III; ENGISCH, Untersuchungen, pp. 50, 241, 331 ss., 388, solidariza expresamente con la posición de EXNER; EXNER, Wesen, p. 79; JAKOBS, Studien, p. 13 MAURACH, PG, 42 I B 2; MAURACH/GÖSSEL, PG, 42/13; MAYER, PG, p. 142; OEHLER, E Schmidt-FS, p. 240; REHBERG, Risiko, p. 140; SCHROEDER, LK, 16/3. A BINDING y a EXNER hay que concederles el gran mérito de haber criticado implacable e impecablemente la idea imperante desde los tiempos de FEUERBACH del deber de cuidado como un deber autónomo que pertenece a una norma especial de cuidado que no tiene nada que ver con la norma propia del delito doloso. La línea doctrinal asentada por estos dos autores ha sido extramadamente fructífera para la dogmática del delito imprudente. Sin estos dos autores no sería comprensible posteriormente la gran monografía en 1930 de ENGISCH que ha marcado, en paralelo con WELZEL, como veremos, la evolución dogmática del tipo imprudente y resultado.

En España la doctrina había resaltado con el anterior C. P. que el Derecho positivo español, a pesar de las apariencias formales, hacía que sustancialmente la tesis del *crimen culpa* fuera rechazable y era preciso entender materialmente que los delitos imprudentes no diferían de los dolosos más que en la sustitución del dolo por la imprudencia. Y ello a pesar de que a) la regulación de la imprudencia se desarrollaba primordialmente en la parte especial del Código, que b) el art. 565 C. P., por razones históricas, afirmaba que existía imprudencia temeraria cuando se ejecutaba un hecho « que, si mediara dolo, constituiría delito » o que c) el art. 586 bis C. P. manifestara que serían castigados « los que, por simple imprudencia o negligencia causaren un mal a las personas que, de mediar dolo, constituiría delito » o que el art. 600 C. P. dijera que serían castigados « los que por simple imprudencia, con infracción de los reglamentos, causen daños en las cosas ». QUINTANO, Culpa, pp. 18 s., deja claro cuál era el problema específico al que se enfrentaba la doctrina española con la anterior regulación de la imprudencia: « En nuestra doctrina apenas si es ya problema el aludido, desde que EXNER lo resolviera definitivamente en contra de la tesis del *crimen culpa*. La sigue siendo, empero, en la tan genuina dogmática española, dado que desde el Código penal de 1848, la culpa ha sido segregada de la Parte general o Libro I, para incluirse en la parte especial del Libro II, actualmente en el Título XIV y último del mismo, bajo la denominación de « Delito de imprudencia punible ». Al abandonarse la técnica del primer Código de 1822, que colocaba y definía la culpa después del dolo en auténtica cláusula de generalidad de su artículo segundo, los códigos posteriores parecen haber optado por el sistema contrario, esto es, el de erigir la forma culposa en delito, el « delito de imprudencia » del actual artículo 565. A tal conclusión conduce la extraña topografía de la imprudencia en el título aparte del Libro II, y ateniéndose a ello, el Tribunal Supremo, que antaño toleró ambas interpretaciones y usó indistintamente las expresiones de « homicidio por imprudencia » y de « delito de imprudencia del que resultó homicidio », ha optado últimamente por esta segunda, que viene a consagrar la tesis del *crimen culpa* ».

Sobre la discusión que había suscitado esta cuestión en la literatura española: ANTON ONECA, PG, p. 222; BUSTOS, PG, pp. 368 s.; CEREZO, L-H Pérez-Vitoria, pp. 130 ss.; el mismo, PG, pp. 40 ss.; COBO/VIVES, PG, pp. 478, 595, con más referencias; CORDOBA, Nota 9 a la Traducción del Tratado de Maurach II, pp. 254 s.; GARCIA ARAN, Reforma, pp. 130 s.; GIMBERNAT, Introducción, p. 121; GRACIA, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 100; JIMENEZ DE ASUA, Tratado de Derecho Penal V, pp. 722 ss., en profundidad, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales; JORG BARREIRO, Imprudencia, p. 38, nota 31; el mismo, Omisión, p. 224; LUZON DOMINGO, Tratado de la culpabilidad II, pp. 70 s.; MIR PUIG, PG, p. 288, con más referencias; LUZON PENA, Derecho Penal de la Circulación, pp. 101 s.; el mismo, PG, pp. 524 s.; MUÑOZ CONDE, PE, p. 31; NUÑEZ BARBERO, El delito culposo, pp. 76 ss.; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 593 s., 630 s.; QUINTANO, ADP 54, p. 46, 62; el mismo, Culpa, pp. 18 ss., 219; el mismo, Curso I, p. 298; el mismo, NEJ V, pp. 118, 125; RGUEZ. DEVESA, PG, pp. 490 s.; el mismo, PE, p. 38; RGUEZ. MONTAÑES, EJ, p. 3379; RGUEZ. MOURULLO, ADP 63, pp. 650 ss., 663 ss., en un completo estudio con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales; RGUEZ. MUÑOZ, Notas a la traducción del Tratado de Mezger I, pp. 206 ss., autor que marcó la opinión dominante en España; ROMEO, ADP 90, pp. 474 ss.; SANJA, El concurso de delitos, pp. 140 s.; SERRANO, Teoría del delito imprudente, pp. 336 ss.; SILVA, Revista del Foro canario, p. 53; TORIO, ADP 72, pp. 66 ss., apoyándose también en las tesis de BINDING; el mismo, ADP 74, p. 51.

Una opinión discrepante a la de toda esta doctrina mayoritaria en CUELLO CALON, PG I, pp. 472 s. CERESO, L-H Pérez-Vitoria, p. 135, resalta algo que tiene que ver con las explicaciones del texto: « En la inserción sistemática del art. 565 al final del Libro II del Código, donde se regulan los delitos y sus penas, se advierte, por otra parte, la influencia de la vieja concepción de los prácticos de que las conductas culposas no son propiamente delitos, sino cuasi-delitos, concepción que había inspirado claramente la regulación del Código penal de 1822 ».

Los principales argumentos ofertados por la doctrina española son: a) la exigencia típica de que haya una adecuada relación normativa entre riesgo creado y resultado y de que el resultado no sea una condición objetiva de punibilidad que no exija una vinculación normativa ni subjetiva con el autor, b) en el art. 565 C. P. que regulaba la imprudencia temeraria no existía una pena uniforme para todos los tipos, sino que la pena se determinaba con respecto a cada concreto tipo de la parte especial realizado de forma dolosa, c) es tan absurdo hablar de un « delito de imprudencia » como de un « delito de dolo », d) un argumento gramatical: el art. 565 se refería a ejecutar un hecho « por imprudencia », e) la redacción del anterior art. 1 C. P.: « Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley ». Por tanto lo que diferencia a los delitos imprudentes es sólo la concurrencia de imprudencia en lugar de dolo.

La Jurisprudencia, por el contrario, declara que el delito imprudente es un *crimen culpae* con distintos resultados lesivos: 14 de diciembre de 1931; 2 de abril de 1932; 11 de mayo de 1940; 5 de octubre de 1942: « empleándose frecuentemente de modo inadecuado y poco jurídico la denominación de delito de daños por imprudencia, siendo así, que tales hechos son constitutivos del delito previsto y sancionado en el artículo 558 del Código Penal, como imprudencia que a mediar malicia constituiría el delito realizado » 24 de octubre de 1942; 18 de enero de 1949; 1 de mayo de 1953 (Pte. Eizaguirre); 28 de enero de 1955 (Pte. de la Rosa): « como ya tiene consagrado la jurisprudencia de esta Sala, es inadecuado y poco jurídico calificar un hecho de delito de homicidio, lesiones o daños por imprudencia cuando, con arreglo a la técnica penal, lo correcto es calificar de un delito de imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos del que resultó homicidio, lesiones o daños »; 8 de noviembre de 1955 (Pte. García-Murga) 1 de marzo de 1958 (Pte. Castejón); 19 de junio de 1959 (Pte. de la Rosa); 26 de enero de 1960 (Pte. García Gómez); 26 de marzo de 1973 (Pte. Espinosa); 8 de mayo de 1978, 8 de noviembre de 1978, 28 de febrero de 1979, 14 de marzo de 1979, 5 de abril de 1979, 2 de noviembre de 1979, 12 de junio de 1980, 2 de julio de 1980, 18 de noviembre de 1980, 21 de noviembre de 1980, 12 de diciembre de 1980, 14 de junio de 1982, 7 de junio de 1983 y 19 de diciembre de 1983 (en todas Pte. Gómez de Liaño); 28 de mayo de 1984 (Pte. Vivas): « el C. P. español... se aparta del sistema denominado de « *crimina culposa* » para adoptar el de « *crimen culpae* »; 24 de noviembre de 1984 (Pte. Gómez de Liaño).

En sentido discrepante, SS. T. S. de 16 de mayo de 1967 (Pte. Sáez); 18 de enero de 1972 (Pte. Díaz Palos); 30 de abril de 1976 (Pte. García Miguel); 21 de junio de 1976 (Pte. García Miguel); 11 de abril de 1977 (Pte. Díaz Palos); 20 de abril de 1977 (Pte. García Miguel); 28 de junio de 1977 (Pte. García Miguel); 29 de enero de 1983 (Pte. García Miguel); 26 de marzo de 1994 (Pte. Bacigalupo): « No existe un delito de imprudencia, sino realizaciones culposas de tipos -en principio dolosos- contenidos en la Ley Penal ». En la S. T. S. de 10 de junio de 1972 (Pte. Gil), no existe una argumentación clara, ya que aunque se defiende formalmente la tesis del *crimen culpae*, se llega a la conclusión de aplicar la excusa absolutoria por parentesco, que como señala la propia sentencia es contraria a dicha tesis. Anteriormente, ya se había aplicado la excusa de parentesco a un delito imprudente de daños en la S. T. S. de 21 de abril de 1966 (Pte. Blanco).

Hay que señalar que tienen razón tanto CORCOY, El delito imprudente, p. 209, cuando afirma que en la Jurisprudencia « la concepción de la imprudencia como *crimen culpae* se produce especialmente en los supuestos de imprudencias cometidas en el ejercicio de actividades peligrosas, pero aceptadas socialmente » como MIR PUIG, PG, p. 288, nota 4, cuando señala que el T. S. se muestra más reticente a hablar de un *crimen culpae* con resultado cuando la conducta imprudente se desarrolla en un ámbito sin reglas generales de cuidado (bigamia, falsedades, escándalo público, violación, etc.).

La doctrina española se ha mostrado especialmente crítica con la doctrina del *crimen culpae* del T. S. (LUZON PEÑA, Derecho Penal de la Circulación, pp. 101 s., 164, señalando además los problemas que suscita esta teoría cuando existe un sistema de *numerus clausus*, como sucedía hasta ahora en el ámbito de las faltas que es el vigente en la actualidad; RGUEZ. MONTALES, EJB, p. 3379, que considera que la solución del concurso ideal « viene exigida no sólo por la lógica jurídica, sino por el principio de justicia material »; RGUEZ. RAMOS, CPC 77, p. 60, nota 81; SILVA, Revista del Foro canario 94, pp. 52 s.) En mi opinión, hay que analizar los problemas prácticos con los que se encuentra el T. S. e intenta ofrecer una solución dogmáticamente más aceptable. La definición del T. S. no tiene nada que ver con el fundamento material de la imprudencia, sino con un problema práctico de determinación de la pena: limitar una pena exagerada cuando mediante un riesgo típico se causan varios resultados. La mejor prueba:

de ello es que la Jurisprudencia ha ido admitiendo los avances dogmáticos que ha ido ofreciendo la doctrina en el marco del delito imprudente. El mejor ejemplo en la actualidad es la « teoría de la imputación objetiva ». En este sentido afirma VIVES, CPC 77, p. 187, nota 33, que « las declaraciones del Tribunal Supremo al respecto no son decisivas, ni siquiera en orden a fijar el propio criterio jurisprudencial [...] pues la precisión conceptual y terminológica no ha venido caracterizando en este punto a nuestra jurisprudencia ». Si el T. S. define el delito imprudente como *crimen culpae* con varios resultados es para no verse obligado a aplicar las reglas del concurso ideal de delitos cuando se producen varias muertes, lesiones. Ello haría que en muchos supuestos la pena privativa de libertad llegara a una cuantía que imposibilitara la remisión condicional o la utilización de sustitutivos penales. Esta es la opinión de la doctrina mayoritaria (CALDERON, Autoría y participación, p. 63; CEREZO, L-H Pérez-Vitoria, p. 13 y PG, p. 401; CORCOY, Comentarios, p. 335; LUZON PEÑA, PG, p. 525; NUÑEZ BARBERO, F delito culposo, p. 76; RGUEZ. DEVESA, PG, p. 491; ROMEO, ADP 90, pp. 474 ss.; SILVA, Revista del Foro canario, pp. 52 s.), que sólo plantea propuestas de *lege ferenda* para paliar las posibles consecuencias insatisfactorias. Incluso, como señala SILVA, Revista del Foro canario, p. 53, incorporado un sistema de *numerus clausus* la solución del *crimen culpae* pierde las pocas apoyaturas legales que le pudieran quedar, de modo que en caso de que con un solo hecho imprudente se produzca una pluralidad de resultados delictivos, la solución habrá de ser la de un concurso ideal de delitos, ya sean éstos varios homicidios culposos, homicidios culposos y lesiones culposas, etc. ». Pero esta solución puede no ser repetitiva con el principio de culpabilidad como principio a tener en cuenta para determinar la pena. Para solucionar este problema sería mejor identificar en otro sitio la raíz del mismo: ¿ Impone el C. F. que se imponga siempre cuando hay varios resultados una pena que « hiere la sensibilidad » ? ¿ No existen correctivos ? Si así fuera, se podría entender que, en muchos supuestos, considerar que la pena por un delito imprudente individualmente considerado puede llegar hasta los cuatro años infringe el principio de culpabilidad. Si el tipo de injusto supone sólo una conducta que ha de tener una reacción X, no se debería sobrepasar ese máximo, independientemente del número de resultados. De esta manera se puede apreciar que el problema es sólo un problema de determinación de la pena de cada una de las infracciones que da lugar a ese concurso ideal. Una solución similar pretende la S. T. S. de 18 de enero de 1972 (Pte. Dña. Palos), aunque su construcción argumental no se puede admitir porque atentaba contra el sentido literal posible del anterior art. 565 C. P.: « El delito culposo con pluralidad de resultados lesivos no puede ser considerado como *crimen culpae* [...] es lo cierto que el sistema de su punición se establece con original autonomía en el art. 565 C. P. derogando con ello las reglas generales del concurso ideal de delitos establecidos en el art. 71 del mismo Código, de cuyo sistema resulta que las diversas especies de imprudencia se castigan con pena propia y única [...] Esto sentado, si se dan varios resultados dañosos será el más grave el que actúe como tope de la punición del delito culposo, de modo que, prácticamente tal resultado más grave viene a absorber los de menor entidad, a la manera que sucede en el concurso normal de delitos en su especie ideal, todo lo cual indica que si ontológicamente existen tantos delitos culposos como resultados típicos -*crimine culposa*- a efectos de su punición se aglutinan en un solo delito en que prepondera el evento de mayor entidad ».

En la doctrina hay también autores que niegan la naturaleza de *crimen culpae* de la imprudencia y la aplicación en los supuestos de imprudencia de las reglas generales del concurso ideal con base en otros razonamientos: COBO/VIVES, PG, p. 606, nota 52; CORDOBA, Comentarios II, p. 351; MIR PUIG ADP 87, p. 208, negando la parte subjetiva del concurso de delitos; VIVES, CPC 77, pp. 188 s. entendiendo que el anterior art. 565 excluía la aplicación del art. 71 de manera tácita.

El T. S. en otras ocasiones ha seguido aplicando las consecuencias punitivas que ha considerado más convenientes, aunque no haya argumentado tal solución con base en la tesis del *crimen culpae*, lo que demuestra que esta tesis no es más que un medio de argumentar para llegar a consecuencias satisfactorias desde el punto de vista de la determinación de la pena y no tiene nada que ver con la naturaleza del delito imprudente: 2 de junio de 1972 (Pte. Hijas); 16 de junio de 1981 (Pte. Latour), aunque formalmente defiende la tesis del *crimen culpae* : « A efectos de su castigo e imposición de penas ante distintos tipos realizados se refunden o acrisolan en uno solo en el que toma carácter preferente y excluyente aquél que represente mayor gravedad en la pena ».

El T. S., por ejemplo, podría llegar a la misma conclusión si en vez de utilizar la teoría del *crimen culpae*, interpreta las reglas generales del concurso ideal en la misma línea doctrinal que lo ha hecho y con el anterior art. 61 en las SS. T. S. de 6 de abril de 1990 y 5 de julio de 1991 (Pte. Bacigalupo): « La Sala advierte que en la discusión en torno al concepto de culpabilidad por el hecho se han deslizado errores que impiden la comprensión adecuada del sistema de individualización de la pena del derecho vigente. En primer lugar, es totalmente equivocado afirmar que el límite de la culpabilidad por el hecho en cada caso concreto viene dado por la pena legalmente impuesta en cada precepto de la Parte Especial. Este punto d

elemento típico recogido en la ley para pasar a ser una condición objetiva de punibilidad³⁵. La idea del *crimen culpa* hace que la imprudencia carezca de relación con el tipo objetivo. Esta idea ha impedido un desarrollo satisfactorio de la dogmática de la imprudencia durante mucho tiempo. Pero sólo existe imprudencia con respecto a un determinado tipo delictivo. No existe una imprudencia en general, al igual que no es suficiente para la existencia de dolo una intención general de delinquir. Es preciso que el dolo (aspecto subjetivo) esté relacionado con el tipo objetivo.

Estas tres importantes objeciones a la teoría de la obligación de diligencia han acompañado al elemento esencial en el delito imprudente del deber de cuidado a lo largo de la evolución de su tratamiento doctrinal.

4. Los hegelianos, a pesar de partir de una fundamentación material del delito completamente distinta a la de FEUERBACH y sus contemporáneos, ya que la pena -debido a la influencia de HEGEL- pasa a ser entendida como una retribución de la lesión del Derecho como Derecho, también buscaron la manera de fundamentar el delito imprudente como una voluntad contraria a la norma que pone a ésta en entredicho. Pero el delito imprudente tampoco se acomodó a su concepción del delito³⁶. No es preciso

vista no toma en cuenta la necesaria diferencia que existe entre individualización legislativa (obligadamente abstracta, carente de vínculo con un sujeto concreto) y la individualización judicial (en relación esencial al autor de un delito determinado). El marco penal establecido por el legislador, en tanto refiere la amenaza a todos, no puede tener en cuenta el grado de reprochabilidad que merece cada autor por el hecho cometido. Por el contrario, la culpabilidad por el hecho es la culpabilidad de un autor concreto respecto de cuya sanción el Tribunal deberá establecer la cantidad de pena, dentro del marco pena establecido en el precepto legal por el legislador, pero no más allá de su específica reprochabilidad por el hecho cometido », llegando a la siguiente conclusión: « La gravedad de la culpabilidad determina hasta dónde es posible ascender dentro del marco penal general previsto para el delito ». En consecuencia, si, por ejemplo, el delito imprudente más grave nunca podría superar el año de prisión, las reglas generales no pueden hacer que se aplique una pena de más de dos años.

De todas maneras, la falta de revisión del legislador va a colocar en una tesitura incómoda a la Jurisprudencia, que se va a encontrar entre una interpretación formal de las reglas de determinación de la pena en el delito imprudente y la necesidad de evitar una pena desproporcionada a la entidad del hecho cometido. El legislador se ha olvidado en este ámbito de que el elemento central es la falta de cuidado. Y en la mayoría de las ocasiones resulta desproporcionado considerar que una determinada falta de cuidado o atención o diligencia se merece una pena entre dos y cuatro años.

³⁵ Como ha señalado RGUEZ, MORULLO, ADP 63, p. 652, « el inconveniente extremo de la tesis del *crimen culpa* radica en la desconexión que opera respecto al resultado ». Tal desconexión se encuentra en la actualidad firmemente rechazada no sólo por la doctrina, sino también por la Jurisprudencia. En la p. 657 hace un estudio más detallado de los inconvenientes de la tesis del *crimen culpa* : « En el campo de la causalidad habrá de operarse necesariamente con el criterio de la equivalencia de condiciones, y no habrá lugar para la pregunta de si han sido adecuadas. En el plano de la antijuridicidad - caso de estimar que el general y objetivo deber de cuidado pertenece sistemáticamente a la misma - no podrá referirse ese deber general de cuidado, caso por caso, al concreto bien jurídico lesionado, vida, integridad corporal, honestidad, libertad o seguridad personal, etc. En el ámbito de la culpabilidad no se podrá exigir la concreta previsibilidad del resultado producido, pese a que éste puede ser de muy distinta naturaleza y entidad ». De acuerdo, BERISTAIN, Cuestiones, p. 268; NUÑEZ BARBERO, El delito culposo, p. 77, de forma expresa.

³⁶ ABEGG, Lehrbuch, § 85; KÖSTLIN, System, §§ 64 ss. Una concepción distinta a la del resto de

detenerse en estos autores ya que, a pesar de sus grandes contribuciones en temas generales (por ejemplo la teoría de la pena), no se preocuparon en gran medida del tema que nos ocupa: la relación entre el resultado lesivo y la imprudencia.

III. El deber objetivo de cuidado como elemento del tipo de injusto y el deber subjetivo de cuidado como elemento de la culpabilidad: las contribuciones de ENGISCH y WELZEL.

III.A. La concepción normativa de la culpabilidad como presupuesto de las contribuciones de ENGISCH y WELZEL

1. La defensa por parte de v. LISZT de la prevención especial no afectó a la teoría del delito imprudente. En realidad se seguía entendiendo que el fundamento último de los delitos se encontraba en una formación defectuosa de la voluntad. Es de sobra sabido la obsesión de autores como v. LISZT, BELING y RADBRUCH por ordenar un sistema que tuviera un carácter pedagógico y fuera sencillamente comprensible. De esta manera su división del delito en dos partes, injusto y culpabilidad, se basó en una diferencia claramente comprensible y mecánica: al injusto pertenecía el lado objetivo de la conducta delictiva y a la culpabilidad el lado subjetivo. De esta manera, el injusto se ocupaba sólo de los procesos causales que producía un movimiento corporal³⁷ y la culpabilidad se ocupaba del contenido psicológico de ese movimiento corporal. El dolo y la imprudencia se entendieron como las dos formas de manifestación de la culpabilidad³⁸. El injusto en ambos delitos era común ya que se limitaba a la descripción de un proceso causal. El tipo se encontraba desprovisto de toda clase de valoración³⁹. En los delitos de resultado, el delito se fundamentaba en la relación psicológica con el resultado típico. La evolución más importante de esta época en relación con la dogmática de la imprudencia residió en que la doctrina mayoritaria acabó acudiendo a una doble medida objetiva-subjetiva del deber de cuidado⁴⁰. Primero se tenía en cuenta el cuidado exigido en general en el tráfico jurídico (que se encontraba conformado

los hegelianos se puede encontrar en BERNER, Grundlinien, pp. 227 ss., para el que el fundamento de la imprudencia reside en la falta de atención. Sobre la concepción del delito imprudente por parte de los hegelianos: JESCHECK, PG, 54 I 4 a); MEDER, Schuld, pp. 139 ss.; RADBRUCH, Handlungsbegriff pp. 101 ss.; RGUEZ. MUÑOZ, La doctrina de la acción finalista, pp. 21 s.; WELZEL, PG, p. 128.

³⁷ Sobre las críticas a este concepto de injusto, vid. infra Cap. 2º I.

Como señala WELZEL, PG, p. 60, la segunda edición del Tratado de v. LISZT (1884) fue la que llevó a cabo de forma clara por primera vez la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad con base en los criterios de « lo objetivo » y « lo subjetivo ».

³⁸ CORDOBA, Una nueva concepción, p. 28; TORIO, L-H Menéndez, p. 5179.

³⁹ OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 66 s.; RGUEZ. DEVESA, PG, p. 412 s.

⁴⁰ CRAMER, Schönte/Schröder, 15/113. No hay duda que la monografía representativa de este momento histórico es la de EXNER, Das Wesen der Fahrlässigkeit (1910). Sobre esta medida general distinta a la individual a la que sirve como patrón el « hombre abstracto modelo », p. 180. Una extensa recopilación bibliográfica de esta concepción histórica se puede encontrar en P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 54.

primordialmente por el riesgo permitido y la « previsibilidad objetiva » del resultado típico. La continuación se tenía en cuenta si ese deber de cuidado era exigible al autor en concreto (si el a acuerdo con sus capacidades personales podía haber previsto y evitado el resultado típico). El E penal podía exigir todo el esfuerzo individual pero no más. La doctrina del delito imprudente sup de los puntos de anclaje para superar la vieja teoría psicológica de la culpabilidad y pasar a una teoría normativa⁴². La introducción de elementos normativos en la culpabilidad como el deber obje cuidado o el estado de necesidad fue uno de los argumentos utilizados para pasar de una conc psicológica de la culpabilidad a una concepción normativa⁴³. En realidad, a pesar de las afirm formales, nunca existió una concepción psicológica de la culpabilidad que llevara el platea psicologicista hasta sus últimas consecuencias. Siempre se buscó la forma de limitar mediante c normativos la pura previsibilidad (riesgo permitido, cuidado necesario en el tráfico, etc.). La concepción normativa dolo y culpa dejaron de entenderse como la culpabilidad misma (las dos espe culpabilidad), y se tuvieron en cuenta otros elementos normativos dentro del juicio de culpabili dolo y la culpa eran dos de tantos otros elementos heterogéneos de la culpabilidad⁴⁴. Podía exis conexión psíquica con el resultado (previsión o previsibilidad) y sin embargo no existir culpabili ejemplo, por ser el autor inimputable)⁴⁵. Al mismo tiempo, una culpabilidad basada en la r psicológica entre la causación de un resultado y el autor seguía sin poder llegar a explicar de satisfactoria la punición de la culpa inconsciente. Pero tampoco era capaz de explicar la necesidad de a un deber objetivo de cuidado que supone un elemento normativo extraño para una conc psicológica⁴⁶. Y esto era un problema para la teoría psicológica de la culpabilidad, ya que una p puede prever un peligro o una posibilidad de lesión y no comportarse de forma imprudente o desc

41 Cfr. P. FRISCH, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 60 s., con más referencias; TORIO, L-H *Men* pp. 5179 s.

42 Cfr. BERISTAIN, *Cuestiones*, p. 120; MIR PUIG, PG, p. 292.

43 La obra esencial para comprender este cambio es la monografía de FRANK de 1907 *Über Aufbau des Schuldbegriffs* que da cuerpo a una concepción extendida en esa época.

44 BUSTOS, *Culpa*, p. 18.

Tal construcción del delito es defendida por ROEDER, *Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, ss., en una posición que ha sido bastante habitual en la literatura austriaca hasta tiempos recientes. PICHLER, *Sport und Recht* (coord. por SCHROEDER), p. 94.

En España mantiene una posición en este sentido SAINZ CANTERO, PG, pp. 671 ss.

45 CORDOBA, *Una nueva concepción*, p. 29; MIR PUIG, PG, pp. 292 s.

46 COBO/VIVES, PG, p. 473; CORDOBA, *Una nueva concepción*, pp. 28 s.; CORCOY, *El imprudente*, p. 52, con más referencias: « La concepción psicológica de la culpabilidad falla precisamente frente a la imprudencia. En particular, ante la culpa inconsciente por la falta de conexión psíquica entre el autor y el resultado ya que, en estos supuestos, éste desconoce la existencia de peligro. Mientras respecto a la culpa consciente, la concepción psicológica de la culpabilidad no explicaba la ausencia de ésta ya que cabe prever la existencia de peligro sin que de forma inmediata se infrinja la norma de cuidado. El carácter normativo de la imprudencia determina la sustitución de la concepción psicológica de la culpabilidad por una concepción normativa de la culpabilidad »; KAMPS, *Arbeitsteilung*, p. 1; LUZON PEÑA, PG, pp. 492 ss.; MANTOVANI, PG, p. 321; MIR PUIG, PG, pp. 292 s.; RODRÍGUEZ DE VESPA, PG, pp. 437 s.; SAINZ CANTERO, PG, p. 682; SCHÜNEMANN, *Schmitt-FS*, p. 91; mismo, ADP 91, p. 697.

Por tanto, no se podía definir una conducta como imprudente sin tener en cuenta elementos o criterios normativos. La concepción normativa supuso un presupuesto indispensable para enriquecer el pobre tipo de injusto puramente causal. Para ésta el delito, tanto doloso como imprudente, no tenía su fundamento en una mera constatación y descripción psicológica, sino que suponía una valoración con carga negativa o un reproche. Esta superación del naturalismo influyó, sin duda, en la transposición de un elemento normativo como el deber objetivo de cuidado al tipo de injusto. Al mismo tiempo, la teoría normativa de la culpabilidad dejó vía libre a la posterior disección del tipo en una parte objetiva y otra subjetiva, es decir, a la teoría del injusto personal que fue impulsada principalmente por WELZEL. Estos dos fenómenos dogmáticos, básicos para comprender el estado actual de la cuestión de la relación entre el resultado lesivo y la imprudencia, serán analizados con detalle en las páginas siguientes.

III.B. La contribución de ENGISCH

1. A ENGISCH le corresponde el mérito de haber trabajado en primer lugar sobre el elemento del cuidado necesario en el tráfico en ámbito del tipo⁴⁷, en la línea que hoy se puede considerar como mayoritaria. Aunque WELZEL fue el primero que trató la imprudencia y el dolo como elementos típicos, ENGISCH fue el primero que trató el cuidado necesario en el tráfico como un problema del tipo. Su concepto de injusto, que se encontraba inspirado en la idea de la adecuación⁴⁸, era equivalente para el delito doloso y el imprudente⁴⁹, a diferencia de lo que posteriormente defendería WELZEL. El elemento típico no descrito expresamente del cuidado externo⁵⁰ no caracterizaba al injusto

⁴⁷ Untersuchungen, pp. 266 ss. (en especial, 283 ss.), 343 ss; Kausalität, p. 53; DJT-FS, p. 417.

⁴⁸ Sobre la « teoría de la adecuación », GIMBERNAT, Casualidad, (especialmente) pp. 30 ss., en profundidad. Sobre la adecuación en el delito doloso, ENGISCH, Untersuchungen, pp. 75 ss., 169, 220, 345, 347 s.; el mismo, Kausalität, pp. 59 s., con respecto a la tentativa.

⁴⁹ En la actualidad mantiene una posición que recuerda a la de ENGISCH, TRIFFTERER, PG, pp. 144 ss., 300 s.

⁵⁰ Esta distinción entre cuidado interno y externo desarrollada previamente por BINDING, Normen I pp. 235 ss.; el mismo, Normen IV, pp. 498 ss., 530 s., 546 s.; el mismo, Schuld, pp. 120 ss., supone uno de los ejes de la posición de ENGISCH, Untersuchungen, pp. 269 ss., 306 ss. Esta distinción le permitía trasladar el cuidado externo al injusto.

Esta distinción ha tenido una amplia aceptación por parte de la doctrina: ARROYO, Seguridad en el Trabajo, pp. 137 s.; BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 18 s.; el mismo, WK, 6/4; CORCOY, El delito imprudente, pp. 97 ss.; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, pp. 98 ss., con más referencia manteniendo la idea de ENGISCH generalmente aceptada de que el deber de cuidado interno carece de carácter constitutivo, siendo un presupuesto del externo ya que sin éste no cobra relevancia jurídica: JESCHECK, PG, 55 I 2 y 3; JORGE BARREIRO, Imprudencia, p. 52; el mismo, Omisión, pp. 226 s.; KAMPS, Arbeitsteilung, pp. 75 ss.; MAIWALD, Dreher-FS, pp. 455, 457; MIR PUIG, PG, p. 29; OCTAVIO/HUERTA, PG, p. 603; PICHLER, Sport und Recht (coord. por SCHROEDER), p. 9; QUINTERO, PG, pp. 300 s. En la Jurisprudencia, SS. T. S. de 10 de octubre de 1995 y 30 de enero de 1996 (Pte. Conde-Pumpido).

Han criticado esta distinción, BINA VINCE, Die vier Momente, pp. 55 ss., 83; CEREZO, ADP 8 pp. 480 s., nota 37 y PG, p. 422, nota 107, que considera la distinción superflua; JAKOBS, Studien, p. 59 ss., en especial 64 ss.

imprudente, sino que también suponía un elemento que limitaba el injusto doloso. ENGISCH se había dado cuenta, al igual que lo habían hecho y lo harían en el futuro otros partidarios de la doctrina social de la acción (EB. SCHMIDT, MAIHOFER, OEHLER), que el tipo no consistía en un mero proceso causal, sino que era preciso tener en cuenta en el mismo la realidad y las valoraciones sociales. Si la norma penal prohibía conductas, la materia de prohibición no podía ser la causación de un resultado, sino la conducta descuidada. Lo que emprendió ENGISCH, con base en la teoría de las normas de BINDING, fue una construcción normativa del tipo (en el marco de una concepción normativa de la culpabilidad) que superó ciertas imperfecciones de la más pura concepción causal del injusto. La norma penal - concebida con base en la posición de BINDING como norma de determinación- no se encargaba ya de prohibir causaciones de resultados, sino conductas.

2. Para ENGISCH tanto dolo como imprudencia eran « injustos típicos evitables »⁵¹. Este autor, a diferencia de lo que haría posteriormente WELZEL, mantuvo el dolo y la imprudencia naturales como elementos de la culpabilidad. Para ENGISCH, dolo e imprudencia eran elementos positivos de la culpabilidad⁵². La evitabilidad era un problema perteneciente a la culpabilidad. De esta manera dolo e imprudencia tenían una estructura paralela, perteneciendo el aspecto normativo de ambos al injusto y el individual a la culpabilidad⁵³. El autor imprudente tiene el deber de evitar la realización del tipo en los mismos supuestos que el autor doloso.

3. El deber de cuidado externo fue la denominación que la teoría de la adecuación adquirió en el tipo de injusto del delito imprudente. El deber objetivo de cuidado no supuso más que un desarrollo de la teoría de la causación adecuada (« previsibilidad objetiva del resultado »)⁵⁴. Este aspecto es evidente en su importante monografía del año 1931 sobre la causalidad⁵⁵: « Desatención del cuidado necesario significa siempre: conducta adecuada (para producir el resultado), el elemento de la adecuación se compatibiliza hasta aquí con el elemento de la desatención del cuidado necesario ».

51 Untersuchungen, pp. 266 ss.

52 Untersuchungen, pp. 450 s; Kausalität, pp. 6, 68, nota 1.

53 Kausalität, p. 6.

54 De la misma opinión, BINAVINCE, Die vier Momente, pp. 66 s.; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, p. 57; GIMBERNAT, Casualidad, p. 87; MÜNZBERG, Verhalten, pp. 167 ss.; OEHLER, Eb. Schmidt-FS, p. 233; WOLTER, GA-FS, p. 310. Vid. también P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 64.

55 ENGISCH, Kausalität, p. 53.

ENGISCH en esta monografía⁵⁶ consideró « la adecuación como un elemento especial del tipo al lado de la causalidad porque como parte integrante de la « desatención del cuidado necesario » está ensamblado con el riesgo permitido y momentos similares que afectan al deber de cuidado ». Este autor profundizó en la idea de ciertos autores⁵⁷ como BINDING⁵⁸, RADBRUCH⁵⁹ o EXNER⁶⁰ que entendían que el elemento normativo de la imprudencia (observación del cuidado necesario en el tráfico, desempeño de una actividad dentro de los límites de lo permitido, riesgo permitido) era algo que ya excluía la antijuridicidad y no solamente la culpabilidad⁶¹. ENGISCH construyó, frente a la idea de la *obligatio ad diligentiam*, un deber de cuidado flexible. Para ENGISCH lo apropiado y necesario en cada caso concreto sólo se puede deducir de las circunstancias de ese caso especial, no existiendo una determinada forma de conducta ordenada *a priori* cuya omisión fundamente la tipicidad: « Sería equivocado aceptar que el deber de cuidado es uniforme y autónomo »⁶². La contribución de ENGISCH es, en mi opinión, esencial para todo aquél que quiera defender que el deber de cuidado no es un deber autónomo que defina sin más lo que es típico, sino que es un elemento que sirve para determinar si un comportamiento es subsumible en un tipo de resultado⁶³. Este autor entendía la desatención del deber de cuidado externo como un elemento típico flexible que se adapta a la situación concreta. El deber de cuidado tiene un límite: el cuidado necesario en el tráfico. Desde el punto de vista de la teoría de la adecuación, este autor argumenta lo siguiente: « El cuidado necesario en el tráfico es, en este sentido, la omisión de aquellas acciones que ocasionan un resultado de forma no improbable, o bien el llevar a cabo aquellas acciones que en una situación en la que hay que esperar el resultado con una probabilidad segura, son apropiadas para evitarlo »⁶⁴. El concepto de cuidado necesario

56 P. 59.

57 Vid. GIMBERNAT, ADP 62, p. 558, nota 51.

58 Normen IV, pp. 432 ss.

59 ZStW 24, pp. 344 ss.

60 Wesen, p. 193.

61 ARROYO, Seguridad en el Trabajo, p. 139, nota 47, incide en que « debe reconocerse la importante función que cumple la teoría del riesgo permitido en la evolución dogmática del delito imprudente, superando la concepción de la culpa como mera forma de culpabilidad ».

62 Untersuchungen, p. 347.

63 Untersuchungen, pp. 332 ss. Es preciso destacar también las importantes contribuciones de BINDING y EXNER, ambos con una gran influencia en la obra de ENGISCH, para superar los inconvenientes de la identificación del deber objetivo de cuidado con la *obligatio ad diligentiam* y la consiguiente conversión del delito imprudente en un *crimen culpa*.

En tiempos recientes, TRIFFTERER, PG, pp. 141 s. ha insistido en esta idea, opuesta a la tradicional visión del *crimen culpa* en la que la imprudencia se encontraba desligada del resultado: « La infracción del deber objetivo de cuidado no se puede determinar con independencia de un determinado resultado. Más bien sólo se puede definir la infracción del deber objetivo de cuidado como creación de un riesgo en relación a un resultado típico determinado ».

64 Kausalität, p. 53. Untersuchungen, p. 283: « Sólo es adecuado convertir en típica aquella conducta

en el tráfico, tal y como lo formuló ENGISCH, hay que entenderlo materialmente como un concepto normativo que sirve para seleccionar conductas que, a pesar de causar un resultado típico, no son penalmente relevantes. ENGISCH ofrece un expresivo ejemplo: « El medio más cómodo para evitar muertes de seres humanos sería aquél que, de antemano, renunciara a continuar engendrando y dando a luz ». Sólo se puede definir un curso causal como adecuado para producir un resultado si consiste en la desatención del cuidado necesario en el tráfico. « Cuidado es aquéllo que alguien está obligado a utilizar como medio para evitar realizaciones inminentes del tipo de acuerdo con las circunstancias concretas »⁶⁵. Como desarrollo de esta idea central, ENGISCH ofrece tres criterios que han estado siempre presentes en la discusión científica sobre el delito imprudente⁶⁶: cuidado como omisión de acciones peligrosas⁶⁷, cuidado como comportamiento externo correcto en supuestos de riesgos tolerados⁶⁸ y cuidado como cumplimiento del deber de información y preparación (estrechamente vinculado a la « imprudencia por asunción »)⁶⁹.

4. WELZEL, posteriormente, fue el primero que tuvo en cuenta los aspectos objetivos y subjetivos de la imprudencia en el injusto. Es de sobra conocido que fue el primer autor que ubicó el dolo y la imprudencia (tipo subjetivo) en el tipo de injusto. Por tanto, no sólo tuvo en cuenta en el ámbito de la tipicidad la configuración externa de la conducta, tal y como había hecho ENGISCH, sino también el dolo y la imprudencia naturales⁷⁰. Sin embargo, volvió a ubicar el deber subjetivo de cuidado en la culpabilidad,

externa que da lugar a un resultado con una probabilidad no desdeñable ».

Sobre los fundamentos de la « teoría de la causalidad adecuada » y la utilización de la probabilidad para delimitar el ámbito de lo típico vid. infra IV.

⁶⁵ Untersuchungen, p. 327. Vid. también, p. 347.

⁶⁶ Vid. por todos, CORCOY, El delito imprudente, pp. 153 ss., JORGE BARREIRO, Omisión, p. 227 y MIR PUIG, PG, pp. 295 s., por parte de nuestra doctrina y JESCHECK, PG, 55 I 3, por parte de la doctrina alemana.

⁶⁷ Untersuchungen, pp. 283 ss.

⁶⁸ Untersuchungen, pp. 290 ss.

⁶⁹ Untersuchungen, pp. 306 ss.

⁷⁰ WELZEL, Abhandlungen, pp. 172 ss., en su primera propuesta de construcción del injusto imprudente había precindido del límite cognitivo « por abajo » que implica la indeterminable figura ideal utilizada por la « teoría de la causalidad adecuada » en el injusto. Frente a la finalidad actual de los delitos dolosos con respecto al resultado típico, el tipo subjetivo de los delitos imprudentes se caracterizaba por el joven WELZEL por la finalidad potencial (evitabilidad): « Ningún resultado es dominado porque sea querido, sino porque es evitable como resultado querido; y ningún resultado es dirigible conscientemente porque se prevenga, sino porque como resultado evitable se prevee ». P. 178: « La causación tiene que haber sido en realidad evitable para el autor concreto; sólo así se da la específica relación hecho-autor del Derecho penal ». Pero su idea le llevaba a una confusión entre injusto y culpabilidad, especialmente en el ámbito de la imprudencia inconsciente (pp. 179 s., 193, 218 ss.). Aunque esta conclusión la acaba extendiendo también a la imprudencia consciente ya que ésta también tiene un momento de desconocimiento (p. 181). La acción imprudente, a diferencia de la dolosa, se ve ya en el injusto condicionada por la culpabilidad, tal y como le criticaron, entre otros, MAIHOFER, Handlungsbegriff,

manteniendo el objetivo en el injusto. Así quedó definitivamente configurado el sistema que hoy en día se puede considerar como doctrina mayoritaria y cuyo primer formulador fue ENGISCH. Aunque fue el finalismo el que afincó definitivamente el deber objetivo de cuidado y el cuidado necesario en el tráfico en el injusto.

III.C. La concepción de WELZEL

1. No es posible entender la concepción imperante del delito y del injusto imprudente sin analizar de forma detallada la contribución de WELZEL⁷¹. No fue el primer autor que desarrolló el cuidado necesario en el tráfico ya en el marco del injusto, pero su influencia de forma directa en la doctrina de nuestro país y de forma indirecta en nuestra Jurisprudencia es muy clara⁷². En España su visión del injusto imprudente fue aceptada por un amplio sector doctrinal desde principios de los años 60⁷³ (CEREZO⁷⁴, CONDE-PUMPIDO⁷⁵, GIMBERNAT⁷⁶, CORDOBA⁷⁷, BERISTAIN⁷⁸). A partir de la aportación de estos autores la ubicación del cuidado necesario en el tráfico en el tipo de injusto fue siendo aceptado gradualmente por la Jurisprudencia (principalmente a partir del año 1964)⁷⁹. De todas maneras, esta aceptación generalizada de las principales

pp. 56 ss.; el mismo, ZStW 70, pp. 174 s., 179; NIESE, Finalität, pp. 41 ss. Esta dependencia queda clara en la 1ª ed. de su manual (1ª ed., p. 80, 2ª ed., p. 97): « En los delitos imprudentes la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad carece de razón de ser y es materialmente imposible. Sólo la acción de una persona culpable es antijurídica ». A partir de los años 50 varió esta posición, como veremos, pasando la evitabilidad individual a la culpabilidad, bajo la denominación de deber subjetivo de cuidado.

⁷¹ Cfr. SCHAFFSTEIN, Welzel-FS, p. 558.

⁷² Esta influencia ha sido puesta en evidencia, entre otros, por GIMBERNAT, Causalidad, p. 88 y NUÑEZ BARBERO, ADP 74, p. 120.

⁷³ Cfr. CEREZO, ADP 83, p. 485; GIMBERNAT, Causalidad, p. 88.

⁷⁴ CEREZO, Problemas, p. 34 y, recientemente, PG, pp. 278 ss., es el único de estos autores que defiende la fundamentación ontológica que hace WELZEL de la imprudencia con base en la doctrina final de la acción. En esas páginas responde a las críticas tradicionales que la fundamentación de WELZEL ha encontrado tanto en la doctrina alemana como en la española. Pero se trata de una batalla perdida hace tiempo. La doctrina española ha aceptado la función que el deber objetivo de cuidado desempeña en el injusto imprudente por razones funcionales desprovistas de toda referencia ontológica.

⁷⁵ ADP 62, p. 277.

⁷⁶ ADP 62, pp. 567 s.; el mismo, Causalidad, pp. 87 s.

⁷⁷ Una nueva concepción, p. 82.

⁷⁸ Cuestiones, pp. 103 ss., 111 ss.

⁷⁹ La S. T. S. de 2 de marzo de 1979 (Pte. Castro) ha aceptado esta influencia mediata de la doctrina alemana: « En la evolución de la Dogmática Penal Alemana en esta materia, acogida por la mayor parte de la Doctrina científica de otros países, entre ellos el nuestro, la culpa ha pasado de ser considerada como una de las formas de culpabilidad como lo venía siendo tradicionalmente, a un tipo especial de conducta punible que congrega o integra en sí, elementos del injusto o antijuridicidad (inobservancia o lesión del deber objetivo de cuidado) y de la culpabilidad (desatención al cuidado individual posible y exigible al autor concreto si éste de acuerdo con su inteligencia podía prever el resultado o evento dañoso), por lo que modernamente ha sido definida como « una desatención contraria al deber de cuidado exigido en el ámbito de la relación social en la que se produce » que para ser calificada como delito necesita por tanto de una doble indagación, una dentro del ámbito objetivo normativo del injusto para determinar si el autor

aportaciones de WELZEL no fue un camino sencillo para este autor. Sus primeras formulaciones fueron duramente criticadas. Y, aunque la doctrina mayoritaria asumió las consecuencias prácticas de su construcción, la crítica siempre estuvo presente. El delito imprudente y el delito de omisión siempre supusieron cuerpos extraños que no se adecuaron de una forma satisfactoria a los principios básicos de la « doctrina final de la acción »⁸⁰. De todas maneras, ese es un fenómeno que ha sufrido toda la obra de WELZEL, que ha triunfado en las consecuencias y estructuración del sistema, pero no en su fundamento último. El rechazo general del injusto imprudente como pura causación de un resultado mediante un acto voluntario y el desarrollo de la relevancia de la forma de

 infringió con su acción u omisión el cuidado necesario ordenado por el Derecho con carácter general para el mejor desenvolvimiento de la vida social y otra referente al sector subjetivo de la culpabilidad o reprochabilidad, consistente en averiguar si el agente o sujeto activo de acuerdo con su personalidad e inteligencia podía haber previsto el resultado dañoso o peligroso para el bien jurídico protegido y no lo hizo por desatención individual dando lugar con ello a que el evento prohibido se produjera, para lo cual su conducta debe ser puesta en parangón con aquella que presuntamente hubiera observado en la misma o análoga situación un hombre prudente, cuidadoso y normal ».

⁸⁰ BINAVINCE, Die vier Momente, pp. 17 ss.; BOCKELMANN, Täterschaft, p. 23 ss.; BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, p. 396, extendiendo sus críticas a los autores postfinalistas que como KINDHÄUSER y SCHMIDHÄUSER defienden un « concepto intencional de acción »; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, p. 30, con más bibliografía; ENGISCH, Kohlrausch-FS, pp. 149 ss.; GALLAS, ZStW 67, p. 6; HALL, Fahrlässigkeit, passim, aunque muestra su simpatía; JESCHECK, Eb.-Schmidt-FS, pp. 148 s.; el mismo, ZStW 93, pp. 16 s.; el mismo, PG, 23 III 2 b); el mismo, LK, antes de 13/30; ARTH. KAUFMANN, JuS 67, passim; KRAUSS, ZStW 76, pp. 44, 59 ss.; LAMPE, Unrecht, pp. 78 ss., en profundidad, utilizándolo como el principal argumento contra lo que denomina la teoría de la naturaleza subjetivo-personal del injusto del finalismo; LENCKNER, Schrönke/Schröder, antes de 13/31; MAIHOFFER, Handlungsbegriff, pp. 38 ss.; el mismo, ZStW 70, pp. 166 ss.; MEZGER, Wege, pp. 18 s.; NOWAKOWSKI, JZ 58, passim; el mismo, ZStW 63, pp. 297 s.; OTTO, PG, 5 IV 1; PUPPE, NK, antes de 13/55; ROXIN, ZStW 74, p. 529; el mismo, ZStW 80, pp. 715 s.; el mismo, Arm. Kaufmann-GS, p. 247; el mismo, CPC 89, p. 750; el mismo, PG, 7/21, 8/19 ss.; SCHILD, AK, antes de 13/20, 79; WOLFF, Handlungsbegriff, pp. 13 s.

En lengua española: CEREZO, Problemas, pp. 21, 114 s.; CONDE-PUMPIDO, ADP 62, pp. 283 ss.; CORCOY, El delito imprudente, pp. 215, 263; GIMBERNAT, ADP 62, pp. 548 ss.; el mismo, Causalidad, pp. 83, 111 ss.; el mismo, Estudios, p. 208, nota 93; LUZON, PG, pp. 252 ss.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 27; MIR PUIG, PG, p. 197; NUÑEZ BARBERO, ADP 74, pp. 110 s.; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 39 s.; REYES, ADP 92, pp. 942 s.; RGUEZ. DEVESA, Preámbulo a la doctrina de la acción finalista, p. X; RGUEZ. MOURULLO, PG, p. 220; RGUEZ. MUÑOZ, La doctrina de la acción finalista, pp. 124 ss. y passim; el mismo, ADP 53, pp. 210 ss.

Los finalistas más ortodoxos, discípulos de ARM. KAUFMANN, consideraron también insatisfactoria la concepción de WELZEL por no amoldarse a los presupuestos básicos de la doctrina final de la acción; SERRANO, Teoría del delito imprudente, pp. 49 ss.; STRUENSEE, JZ 87, pp. 54 ss., con más referencias; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 76 ss.

Todos estos autores recogidos en la presente nota reprocharon principalmente a WELZEL que en el ámbito del tipo de injusto imprudente (GIMBERNAT también se lo reprochó en el doloso) su concepción no difiere de la clásica: el contenido de la voluntad era absolutamente indiferente para la imputación. Lo decisivo para el Derecho penal es sólo que el autor quiera algo. Lo que quiere, el contenido de la voluntad, es completamente irrelevante. El hecho de que la voluntad se dirija finalmente hacia una meta cualquiera es suficiente (JAKOBS, PG, 6/15, con más referencias). La voluntad volvía a ser considerada desde un punto de vista causal. Así, por ejemplo, GIMBERNAT, Estudios, p. 209, ha seguido insistiendo recientemente que « el finalismo, en última instancia y a pesar de todas sus ambigüedades y rectificaciones, llegaba a un resultado coincidente con el de la teoría causal de la acción: la cualidad de acción estaba vinculada a que el autor hubiera querido algo (típico o atípico) [...] el concepto genérico de acción del finalismo era, por consiguiente y en el fondo, el mismo del de la teoría causal de la acción ».

ejecución de la conducta de acuerdo con las exigencias del tráfico jurídico se deben primordialmente a las contribuciones de este autor.

CEREZO, como el primer autor que defendió la doctrina de WELZEL en nuestro país y como principal exponente de la misma en la actualidad, expone de una manera clara la visión del tipo de injusto imprudente que tiene su origen en el autor alemán. El deber objetivo de cuidado se ve determinado de la siguiente manera⁸¹:

a) « En primer lugar tener en cuenta todas las consecuencias objetivamente previsibles de la acción. Sólo cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible (causalidad adecuada) será posible apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido y la relación de causalidad estará comprendida en el tipo de los delitos de acción culposos »⁸².

b) « Ahora bien, no toda acción de la que sea objetivamente previsible que se derive un resultado delictivo supone una infracción del cuidado objetivamente debido. En las modernas sociedades industrializadas es imposible prohibir toda acción que implique un peligro de lesión de los bienes jurídicos »⁸³. « Es preciso completar, por ello, como dice WELZEL, el criterio intelectual de la previsibilidad objetiva con un criterio normativo, para determinar el cuidado objetivamente debido »⁸⁴.

2. Es preciso analizar detenidamente cómo WELZEL llegó a esta posición generalmente aceptada. Las variaciones de su teoría del injusto imprudente fueron continuas. El delito imprudente supuso un frente de lucha permanente contra los detractores de la « doctrina final de la acción ». Como éste se mostraba una y otra vez como el talón de Aquiles del finalismo, WELZEL se vio obligado a una continua

81 En el mismo sentido, JORGE BARREIRO, *Imprudencia*, p. 43.

82 PG, pp. 421 s.

83 PG, p. 422.

84 PG, p. 422. Esta fundamentación del tipo de injusto imprudente es compartida por la doctrina más moderna de nuestro T. S. (6 de abril y 13 de octubre de 1993 -Pte. Moner-): « Este juicio valorativo se integra por dos elementos: uno intelectual, si la acción que conforme a un juicio objetivo era de previsible producción -previsibilidad objetiva- y otro valorativo, según el que sólo es contrario al cuidado aquella acción que queda por debajo de la media socialmente adecuada ». La S. T. S. de 26 de marzo de 1994 (Pte. Bacigalupo) señala como « la previsibilidad, sin embargo, es insuficiente para afirmar la tipicidad del delito culposos, cuando no se ha comprobado previamente la creación de un peligro jurídicamente desaprobado o, lo que es lo mismo, la infracción de un deber de cuidado. La razón de lo dicho es clara: previsible es casi todo; pero punible sólo pueden ser las acciones constitutivas de un peligro no permitido ».

evolución⁸⁵ que, al final, resultó fructífera. WELZEL llegó a la conclusión de que si la culpabilidad era siempre « culpabilidad por la libre autodeterminación de la voluntad », ello se tenía que plasmar no sólo en el juicio de la culpabilidad, sino en las categorías anteriores. La pena suponía un desvalor ético-social de esa « libre autodeterminación ». Se castigaba la falta de fidelidad del autor al ordenamiento jurídico-social. Para este autor era evidente que los seres humanos organizan libremente sus acciones de acuerdo a fines. Las acciones no son procesos causales, sino que determinan los procesos causales de acuerdo con los fines de los sujetos⁸⁶. Por tanto, la finalidad del autor tenía que impregnar la valoración jurídica desde el primer momento: la tipicidad. Esto es así ya que el legislador no es libre de dar a la acción penalmente relevante las características que quiere, sino que tiene que plegarse a las que caracterizan la acción en realidad. El injusto tenía que suponer ya un desvalor ético-social de la acción del sujeto. En la realidad no existen acciones humanas sin finalidad, por ello el Derecho penal no puede prohibir acciones sin finalidad ya que serían acciones no humanas. El problema, pues, desde un inicio está claro: si sólo pueden ser típicas aquellas conductas que van dirigidas a causar

⁸⁵ LOOS, Welzel, pp. 499 s. Extensamente sobre esta evolución: BUSTOS, Culpa, pp. 30 ss.; CEREZO, PG, pp. 277 ss.; GIMBERNAT, Causalidad, pp. 80 ss.; LAMPE, Unrecht, pp. 78 ss.; RGUEZ. MUÑOZ, La doctrina de la acción finalista, passim (resumen en pp. 128 ss.); SERRANO, Teoría del delito imprudente, pp. 49 ss., sólo parcialmente.

RGUEZ. MUÑOZ, La doctrina de la acción finalista, p. 127, plasma esta evolución de forma, en mi opinión, insuperable: « Toda la doctrina final de la acción está orientada, en virtud de sus propias premisas, en los delitos dolosos; aquí pisa terreno firme y puede desplegar y, en efecto, despliega su dialéctica con una seguridad y soltura que la permiten, no sólo construir de manera armónica, sino rebatir con fundamento las posibles objeciones elevadas por los adversarios. El panorama cambia radicalmente cuando llegamos a la culpa. Ya en el aspecto puramente externo salta a la vista la diferencia. Mientras que el *Lehrbuch* de WELZEL ofrece un extenso desarrollo y un acabado cuadro de conjunto del delito doloso, el delito culposo se expone sumariamente como si fuera, y en realidad lo es para el finalismo, un cuerpo extraño, que sólo por exigencias del Derecho positivo no hay más remedio que tratar. ¡ Y después las rectificaciones en materia de culpa ! Es significativo y probaría mucho, si es que se necesitara de prueba ulterior, el hecho de que en orden al dolo WELZEL no se ha visto obligado a rectificar una tilde de su posición primitiva. La construcción que aparece en la primera edición de los *Grundzüge* de 1940, se mantiene inalterada hasta la monografía *Das neue Bild des Strafrechtssystems* de 1952. En cambio, ¡ qué diferencia en lo relativo a la culpa ! La acción culposa como forma minuciada, la finalidad potencial, la imposibilidad de distinguir en los delitos culposos la antijuridicidad de la culpabilidad, el abandono de estos puntos de vista, la nueva construcción de la culpa, la no existencia de más acciones que las dolosas, la explicación « objetiva » de la culpa, no de la acción culposa en realidad, en los tipos del injusto [...], rectificaciones, cambios de los anteriores puntos de vista que, sin embargo, no resuelven nunca el problema ».

⁸⁶ WELZEL, PG 1ª ed., p. 22.

El finalismo estructura la acción en dos fases:

a) La anticipación del fin y la elección de los medios necesarios para la consecución de ese fin teniendo en cuenta las consecuencias necesarias y

b) la realización de la finalidad en el « mundo real ».

Sobre esta cuestión, WELZEL, Bild, pp. 1 ss.; el mismo, PG, 8 I 1 a y b; el mismo, Abhandlungen, p. 347. Sobre esta construcción de WELZEL, CORDOBA, Una nueva concepción, p. 71; JAKOBS, PG, 6/10; JESCHECK, LK, antes de 13/18; KÜPPER, Grenzen, p. 44; ARTH. KAUFMANN, JuS 67, p. 147, con un gráfico esclarecedor; RGUEZ. MOURULLO, PG, p. 216; SCHILD, GA 95, pp. 103 s.

un resultado típico⁸⁷, cómo definir como tales las conductas imprudentes que se caracterizan precisamente porque la finalidad perseguida por el autor no es la producción del resultado típico⁸⁸. Toda teoría del delito persigue separar la acción de la casualidad. WELZEL considera de forma correcta que esa separación se debe iniciar ya en el injusto. Y, frente a la doctrina mayoritaria en su tiempo, decide que ese elemento de distinción en el injusto es la finalidad (denominada inicialmente en los primeros escritos intención). En el delito doloso la teoría no sufría problemas, el dolo del autor era el elemento que diferenciaba la causalidad relevante de la irrelevante. Pero en el delito imprudente ello no era posible.

III.C.1. Los primeros planteamiento de WELZEL

1. El comienzo por parte del padre del finalismo del tratamiento del delito imprudente no se asemeja a las conclusiones a las que llegó al final de su obra. Lo que podemos considerar el manifiesto de la doctrina final de la acción (STUDIEN ZUM SYSTEM DES STRAFRECHTS), no comienza con unas consideraciones sobre la vinculación del concepto penal de acción al concepto ontológico, sino que lo que resalta en primer lugar es « la estructura fundamental de la acción social »⁸⁹. En esta primera fase WELZEL defendió que el aspecto objetivo de la acción era el mismo en el delito doloso y en el delito imprudente: la adecuación social, el riesgo permitido o el cuidado necesario en el tráfico⁹⁰. Por tanto, las diferencias se dan en el elemento subjetivo de la acción. Al

87 WELZEL, Abhandlungen, pp. 19 ss.

STRUENSEE, JZ 87, p. 55, nota 23, pone de manifiesto como las dificultades e intentos de solución con la imprudencia que surgen con la concepción de la culpabilidad como « culpabilidad por la voluntad » se reproducen en la discusión que provoca la doctrina final de la acción.

88 LOOS, Welzel, p. 500; MAIHOFFER, ZStW 70, p. 168; RGUEZ. DEVESA, Preámbulo a La doctrina de la acción finalista, p. X.

Anteriormente, GRAF ZU DOHNA, p. 14, había llegado a la conclusión de que en el delito imprudente existe un delito pero no hay acción.

89 Este aspecto ya fue puesto de relieve por RGUEZ. MUÑOZ, ADP 53, p. 209, nota 3, añadiendo una puntualización que suscribo: « Pero lo cierto es que abandona más tarde este camino para formular unilateralmente la « doctrina de la acción final » ».

90 WELZEL, Abhandlungen, pp. 142, nota 38, 143, 172 s., 176 s. Sobre la doctrina de la adecuación social en profundidad, infra XI.2. Con respecto al instituto del riesgo permitido que será objeto de desarrollo infra V, señalar que el primer autor que se ocupó del mismo fue v. BAR, Kausalzusammenhang (1871), pp. 14, 150 ss.; el mismo, Gesetz und Schuld II, pp. 212 ss., 452 ss. La jurisprudencia alemana se hizo eco de este instituto en la segunda mitad del S. XIX en relación con las lesiones y muertes imprudentes en el ámbito industrial (cfr. PREUSS, Untersuchungen, p. 15). Aunque estas lesiones y muertes se consideraron típicas en un principio, la justificación de las mismas se vio impulsada por las necesidades de la sociedad alemana de favorecer la industrialización a pesar de los riesgos que conllevaba. Los primeros estudios rigurosos en el ámbito del delito imprudente anteriores a WELZEL, se pueden hallar en EXNER, Wesen, pp. 191 ss.; BINDING, Normen II, pp. 247 ss.; el mismo, Normen IV, pp. 432 ss., aunque otros autores como MERKEL o HÄLSCHNER se ocuparon puntualmente del tema (cfr. STRATENWERTH, Eb. Schmidt-FS, pp. 384 s.).

entender la acción en sentido psicológico, WELZEL no podía conseguir un concepto de acción que abarcara la conducta dolosa y la imprudente. El tipo doloso comprende « tipos de injusto finales » y el imprudente « tipos de injusto causales evitables »⁹¹; el dolo es « dominio final del hecho » y la imprudencia « causación evitable »⁹². De esta manera una de las aportaciones más genuinas de la doctrina de WELZEL se encuentran ya en estas páginas: « Los delitos doloso e imprudentes se diferencian ya en el tipo de injusto »⁹³.

2. Es preciso aclarar que en la obra de WELZEL el riesgo permitido, la adecuación social y el cuidado necesario en el tráfico no deben ser entendidos de forma sociológica o estadística como lo que es habitual en el tráfico o lo que es habitual en una sociedad, sino normativo⁹⁴. En este artículo es absolutamente evidente que estos elementos no describen

Para una comprensión moderna del riesgo permitido, teniendo en cuenta su evolución histórica: CORCOY, El delito imprudente, pp. 308 ss.; HILGENDORF, Produzentenhaftung, pp. 88 ss.; PAREDES, Riesgo permitido, passim, en la única monografía sobre el tema publicada en España; PREUSS, Untersuchungen, pp. 31 ss.; REHBERG, Risiko, pp. 18 ss., 47 s.; ROEDER, Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, pp. 28 ss.; ROXIN, PG, 11/55 ss.; STRATENWERTH, Eb. Schmidt-FS, pp. 384 s.

El concepto de riesgo permitido ya es una realidad en nuestra Jurisprudencia: SS. T. S. de 30 de mayo de 1988, 24 de noviembre de 1989, 23 de abril de 1992 y 26 de marzo de 1994 (Pte. Bacigalupo), señalando, entre otras cuestiones, que « una infracción del deber de cuidado implica necesariamente un comportamiento que va más allá de los límites del riesgo permitido »; 4 de febrero de 1993 (Pte. Conde-Pumpido).

⁹¹ Abhandlungen, p. 143.

⁹² P. 144.

Un precedente de esta concepción del injusto se puede hallar en H. MAYER, Strafrecht des Deutschen Volkes, pp. 208 ss., 217 ss., conforme a una interpretación gramatical del C. P. alemán. Éste habla de « matar » (tipos dolosos de los §§ 211 ss.) frente a « el que causa la muerte » (tipo imprudente del § 222) o de « maltratar » (tipos dolosos de los §§ 223 ss.) frente a « el que cause una lesión » (tipo imprudente del § 230). Hay que tener en cuenta la influencia del sentido literal de los tipos del C. P. alemán también en la doctrina de WELZEL (Abhandlungen, pp. 127, 173). Sobre la argumentación de H. MAYER, vid. también GA 84, pp. 103 s. HERZBERG, Täterschaft, p. 100, ha utilizado en tiempos recientes este argumento gramatical para defender un concepto restrictivo de autor para el delito doloso y un concepto extensivo para el delito imprudente. Evidentemente, este argumento no puede ser utilizado en el Derecho español, donde en muchos tipos como las lesiones no existen diferencias en la descripción formal de la conducta entre la modalidad dolosa y la modalidad imprudente.

⁹³ P. 143.

⁹⁴ MAURACH/ZIPF, PG, 17/17: « La adecuación social no es un concepto empírico, sino normativo ». En este mismo sentido, la doctrina mayoritaria: DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, p. 185; FRISCH, Verhalten, pp. 112 s.; KRAUSS, ZStW 76, pp. 106 s.; PETER, Welzel-FS, p. 427; REYES, Imputación, pp. 106 s.; SCHROEDER, LK, 16/162.

Es preciso insistir en esta idea porque, en mi opinión, en este aspecto reside el malentendido que privó a la primera formulación de WELZEL de una acogida más favorable que motivara su desarrollo posterior. Por ejemplo, BAUMANN/WEBER, PG, p. 267, reprochan a la adecuación social que « esconde el peligro de erigir lo existente en debido: lo que se realiza de forma general y sin escrúpulos se convierte en correcto y conforme a Derecho. Las malas costumbres extendidas podrán llegar a ser reconocidas de esta manera ». Gran parte de la doctrina opositora a este principio orientador hizo injustamente caso omiso de la importante nota 38 de los Studien de WELZEL (Abhandlungen, p. 142), en la que después de renunciar al concepto generalizado en la época de « conformidad al tráfico » por suponer un concepto relacionado con una medida fáctica o estadística, insistía no sólo en que la adecuación social se presentaba como un principio jurídico para la formación del tipo, sino también en su carácter normativo-valorativo. Es lógico, de todas maneras, que FRISCH, Verhalten, p. 127, nota 109, le critique este aspecto a WELZEL con

la realidad, sino que la configuran. No se trata, pues, de lo que se suele hacer, sino de lo que el ordenamiento jurídico-penal ha prescrito que no debe suceder. No se debe caer en el error de entender esta herencia de ENGISCH y WELZEL como una mera asunción de costumbres o usos (*così fan tutte*)⁹⁵. El cuidado necesario en el tráfico no equivale a lo que se encuentra extenido, sino el cuidado que el ordenamiento jurídico-penal determina que se ha de observar. El hecho de que las ciencias sociales o empíricas nos digan que un porcentaje importante de participantes en un determinado ámbito del tráfico se comportan de una determinada manera nos puede servir para averiguar lo que el Derecho considera un contacto social aceptado en ese ámbito de relación. Pero el Derecho también tiene la pretensión de determinar y configurar la realidad. Por ello es posible que una conducta más o menos generalizada no se corresponda con lo prescrito por el Derecho. El juez no es la boca de la opinión popular, sino del ordenamiento. La praxis no configura por sí sola lo que es conforme a Derecho. Por ejemplo, si en una vía donde no se suelen respetar los límites de velocidad o donde a ciertas horas se suele conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas una persona es víctima de un atropello imprudente debido a alguna de esas razones puede pedir al juez, a pesar de la habitualidad de la conducta, que declare que, a pesar de todo, sus expectativas de no ser atropellado estaban garantizadas por el tipo de lesiones imprudentes y que el conductor se comportó de forma contraria a la prescripción. Es decir, a pesar de lo que diga la práctica, puede afirmarse que el exceso de velocidad o la conducción en estado de embriaguez es incompatible con el tipo de lesiones imprudentes. Lo habitual puede hacer evolucionar el Derecho, pero mientras éste no adopte en su seno esa habitualidad, ésta carece de relevancia penal. Como ha señalado PAREDES⁹⁶, « un Ordenamiento, por su propia esencia funcional, existe para regular la realidad social, para conformarla, pues, de acuerdo con determinadas pautas ideales, en virtud de ciertas consideraciones de orden valorativo. Por

respecto a la última edición de su manual (p. 56). Pero esta última exposición del tema por parte de WELZEL distaba mucho ya del auténtico espíritu que había originado la formación del concepto.

Por el contrario, CORCOY, *El delito imprudente*, pp. 293 ss., no realiza una delimitación clara entre lo empírico y lo normativo en su análisis de la adecuación social.

⁹⁵ Se trata de una idea constante en los grandes trabajos monográficos sobre la imprudencia: BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, p. 88; CEREZO, *ADP* 83, p. 479; ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 305; EXNER, *Wesen*, p. 197; WELZEL, *PG*, p. 132.

CEREZO, *PG*, p. 421, define el cuidado necesario en el tráfico como « el que sea necesario para evitar las lesiones de los bienes jurídicos ». Pero esta afirmación no sólo corrompe el sentido que WELZEL le otorgó al término, sino que la realidad nos demuestra que no es cierta. No se trata del cuidado que sea necesario para evitar lesiones, ya que entonces se paralizaría la vida social al exigir un cuidado exquisito en todo momento. En casi todos los ámbitos de la vida es posible un mayor cuidado. Por tanto, no se trata del cuidado necesario, sino del cuidado que el Derecho considera que es necesario (suficiente). Los límites del cuidado necesario no se establecen teniendo en cuenta únicamente como dato determinante la protección a ultranza de bienes jurídicos.

⁹⁶ *Riesgo permitido*, pp. 316 s.

ello, cualquier tipo de criterio para juzgar si las conductas se acomodan o no a las regulaciones establecidas por dicho Ordenamiento ha de acudir a la fuente de las consideraciones valorativas antedichas ». La posición de ENGISCH y WELZEL en este sentido es, pues, una idea extendida: no se pueden asumir modelos sociológicos que conviertan sin más lo descrito en prescrito.

3. La subjetivación del injusto que emprende WELZEL le conduce inevitablemente, a una concepción dualista del injusto que acaba en un tratamiento completamente diferenciado de ambas modalidades delictivas. Esta es la diferencia esencial con la anterior y decisiva aportación de ENGISCH. En este artículo queda claro que, para el fundador de la doctrina final de la acción, sólo el dolo era acción final⁹⁷. Por tanto, en el delito imprudente no se desvalora la finalidad del sujeto, sino las consecuencias de su acción. Los delitos imprudentes eran entendidos así como meros delitos de causación: « No exigen más que el que un hombre haya causado un resultado no querido (y que esa causación fuera evitable) »⁹⁸. Frente a la finalidad actual dirigida al resultado que caracteriza a los delitos dolosos, la imprudencia no era más que finalidad potencial o falta de una mejor dirección final para evitar el resultado⁹⁹. WELZEL no lograba vencer las críticas que él mismo había dirigido a posiciones anteriores: « El tipo de injusto consiste en la producción meramente causal de un resultado (lesión del bien jurídico) »¹⁰⁰. Ante la imposibilidad de encontrar una solución aceptable en el tipo subjetivo del delito imprudente¹⁰¹, ya que un delito imprudente final supone siempre una *contradictio in adiecto* ¹⁰², WELZEL intenta determinar la existencia de una conducta imprudente de

97 Este aspecto ha sido puesto en evidencia por GIMBERNAT, Causalidad, pp. 111 ss. (en especial, pp. 117 ss., donde refleja la polémica entre ROXIN y WELZEL). GIMBERNAT refleja en su monografía como WELZEL, después de ciertas críticas desde dentro y fuera de su propia escuela, intentó matizar su posición inicial insistiendo en que acción final no era igual a dolo. En un sentido similar en la doctrina alemana, ROXIN, Täterschaft, p. 18.

98 WELZEL, Abhandlungen, p. 173. Una construcción similar se puede encontrar en ADP 68, p. 226. En la última edición de su manual, p. 129, se distancia de esta posición: « Tampoco la doctrina final de la acción había controlado correctamente en un principio el delito imprudente. La razón consistió en que, al comienzo, se partió con el resto de la doctrina del mismo prejuicio: la parte penalmente esencial del hecho imprudente reside en el resultado ». Como se expondrá más adelante, lo mismo sucedió en su construcción final, aunque la fundamentación del injusto imprudente se planteara de otro modo.

99 P. 174. Sobre la finalidad potencial, JAKOBS, Studien, p. 46, nota 40. BUSTOS, Culpas, p. 39, explica como la « finalidad potencial » para WELZEL significaba en verdad « cuidado potencial » y, por ello, WELZEL llegó al convencimiento de que encerraba un momento de la culpabilidad, esto es, que el autor no habría aplicado el cuidado requerido que podría haber aplicado ».

100 Pp. 175 s.

101 P. 178: « En el hecho imprudente el resultado indeseado que decide es causado en realidad sólo de forma causal-ciega ».

102 Aunque para WELZEL, PG 7ª, p. 38, sólo suponía una « aparente cuadratura del círculo ».

Es preciso señalar, sin embargo, que ciertos autores no encuadrables dentro del finalismo no negaron, por regla general, que la finalidad sea un criterio de imputación válido no sólo para el delito doloso, sino

acuerdo a criterios normativos, al igual que antes los había hecho ENGISCH. Según este autor, no toda causación de un resultado sería un hecho típico, sino sólo aquellas causaciones que fueran fruto de una lesión del orden social establecido. Este papel de filtro normativo lo desempeñan la adecuación social o el cuidado exigido en el tráfico¹⁰³. Se trataba de un concepto normativo, funcional y flexible de cuidado necesario en el tráfico como elemento limitador del injusto doloso e imprudente, muy cercano al de ENGISCH.

En la década de los cuarenta WELZEL llega a coincidir con MEZGER en que la conducta imprudente no es más que una « forma raquítica » de finalidad humana, es pura causación¹⁰⁴. La diferencia primordial con la doctrina causal de la acción reside en que, el menos, esa causación ha de ser evitable finalmente: « El desvalor de acción en los delitos imprudentes consiste en la no evitación imprudente del resultado »¹⁰⁵. Pero no toda evitabilidad individual fundamenta la existencia de un delito imprudente, sino que WELZEL mantiene una concepción normativa de la evitabilidad¹⁰⁶. No se realiza un tipo penal si el sujeto respeta el cuidado necesario en el tráfico, no supera los niveles de riesgo permitido o se comporta de forma socialmente adecuada. La distinción entre dolo e imprudencia continua siendo una distinción entre finalidad actual y finalidad potencial

también para la denominada culpa consciente. En una tradición iniciada por ENGISCH y continuada por GALLAS, dolo eventual e imprudencia consciente no se diferenciarían en el momento del injusto, sino en el contenido de la culpabilidad (desvalor del motivo de la conducta). Para una profundización en este tema que no interesa aquí de forma directa: ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 231 ss.; el mismo, *Kohlrausch-FS*, pp. 155 s.; el mismo, *DJT-FS*, p. 428; GALLAS, *ZStW* 67, p. 43; el mismo, *Beiträge*, pp. 78 ss., 130 ss., donde trata de forma distinta los problemas de autoría y participación en la culpa consciente e inconsciente, con base en el criterio del dominio final del hecho; JESCHECK, *PG*, 29 IV; NOWAKOWSKI, *JZ* 58, pp. 338 s.; el mismo, *WK*, antes de 3/32; ROXIN, *Täterschaft*, pp. 180 ss.; el mismo, *JuS* 64, p. 58, nota 46; el mismo, *Arm. Kaufmann-GS*, p. 248; el mismo, *PG*, 12/25; WOLTER, *Verurteilung*, p. 205; el mismo, *GA* 77, p. 268, nota 102. Más referencias en WEHRLE, p. 13, nota 28. Por el contrario, curiosamente, los partidarios de la « doctrina final de la acción » se opusieron a que la finalidad se extendiera a la imprudencia consciente, limitándose aquella al dolo. Sobre la distinción entre dolo e imprudencia por parte de la doctrina final de la acción (WELZEL, ARM. KAUFMANN, STRATENWERTH), BINA VINCE, *Die vier Momente*, pp. 160 ss. A la doctrina final de la acción (a excepción de ARM. KAUFMANN que buscó otro camino en *ZStW* 70) se le reprochó el tener que acudir también para la diferenciación entre dolo y culpa consciente a los motivos de la acción, acercándose a las viejas « teorías del consentimiento » (v. HIPPEL), aunque no llegaran a admitirlo. Sobre esta cuestión, ARTH. KAUFMANN, *Schuldprinzip*, pp. 165 ss.

¹⁰³ p. 178.

¹⁰⁴ WELZEL, *PG* 1º, pp. 23, 79 ss.

¹⁰⁵ WELZEL, *PG* 1º, p. 80; el mismo, *Handlungslehre*, pp. 17 ss. Esta segunda obra de 1949 estaba encaminada a refutar ciertas críticas de BOCKELMANN en la monografía del mismo año *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, recogidas por RGUEZ. MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, pp. 90 ss.

¹⁰⁶ NIESE, *Finalität*, p. 44, critica a su maestro la normatividad que implica de por sí la idea de potencialidad.

(evitabilidad o actividad final posible)¹⁰⁷. La imposibilidad de WELZEL de desarrollar un concepto único de injusto para el delito doloso y el delito imprudente ya queda clara en la segunda edición de su manual, al considerar a la imprudencia una forma de acción completamente distinta a la dolosa.

4. WELZEL también tenía problemas para fundamentar el carácter delictivo de la imprudencia inconsciente. En 1941 en un artículo titulado *PERSÖNLICHKEIT UND SCHULD* se decide a apoyar « las teorías de la voluntad » defendidas por autores como A. KÖHLER y MEZGER¹⁰⁸ que buscaban en la culpa inconsciente un acto voluntario que infringiera conscientemente el deber de cuidado. Paralelamente, pretendía criticar a las « teorías del sentimiento » defendidas principalmente a través de las dos monografías sobre el delito imprudente más importantes del primer tercio de siglo: la de EXNER¹⁰⁹ y la de ENGISCH¹¹⁰. Estas dos líneas doctrinales representaban los dos grandes bloques de fundamentación del delito imprudente¹¹¹. Aunque tradicionalmente siempre se consideró que la imprudencia consistía en un error o falta de entendimiento, ningún autor había defendido que la ignorancia *per se* fundamentara un reproche penal¹¹². La cuestión era legitimar el hecho de que una acción marcada por la ignorancia pudiera ser definida como culpable. Por ello se buscó fundamentar el delito imprudente o bien en una dirección defectuosa de la voluntad o bien en una indiferencia o falta de preocupación frente a bienes jurídicos ajenos (EXNER) o frente a la evitación de la lesión del Derecho (ENGISCH). WELZEL opinaba que las teorías de la voluntad se veían beneficiadas en sus planteamientos con el desarrollo de ciertas teorías psicológicas propias de la época¹¹³. Las conclusiones de este artículo son las siguientes: « Falta de cuidado es, por consiguiente, la adaptación a peligros con voluntad insuficiente o, mejor dicho, condicionada por la voluntad; es decir, un defecto volitivo [...] También en el sentido de « negligencia » se evidencia así la imprudencia inconsciente como culpabilidad por la voluntad [...] La imprudencia puede consistir tanto en la insuficiencia de un acto actual de concentración de la voluntad como en la educación insuficiente en la estructura del comportamiento de la personalidad. *La diferenciación entre culpabilidad en virtud del*

107 NIESE, Finalität, p. 41.

108 Vid. especialmente GS 89, pp. 250 ss. De acuerdo con WELZEL, BERISTAIN, Cuestiones, pp. 125 ss.

109 Wesen, pp. 163 ss., con conclusión final en 233 s.

110 Untersuchungen, pp. 460 ss. Sobre la fundamentación posterior de este autor del delito imprudente en el marco de una « teoría de la culpabilidad por el carácter », Willensfreiheit, pp. 58 ss.

111 Cfr. BUSTOS, Culpa, pp. 22 ss.; NUÑEZ BARBERO, ADP 74, pp. 70 ss. ENGISCH, Untersuchungen, pp. 326 ss., ya había criticado, acertadamente, « las teorías de la voluntad ».

112 Al respecto, ENGISCH, Untersuchungen, pp. 453 ss.

113 Abhandlungen, p. 218.

hecho y culpabilidad en virtud del autor se extiende, por tanto, al ámbito de la imprudencia. También la imprudencia es, en cierta extensión, culpabilidad en virtud del autor »¹¹⁴. No hace falta insistir en que estas conclusiones de WELZEL que tienen que renunciar a la responsabilidad por el hecho, no son compatibles con un Derecho penal respetuoso con los principios del Estado de Derecho. El Derecho penal de autor, además de carecer de engarce con nuestro Derecho positivo ha sido duramente criticado por la mejor doctrina¹¹⁵. Además, la pena se convertiría, en la línea de ALMENDIGEN, en una medida de seguridad.

III.C.2. El giro de WELZEL

1. En la década de los cincuenta WELZEL modificó su posición¹¹⁶. Su doctrina del delito imprudente sufrió un nuevo enfoque definitivo. En esta nueva concepción el tipo del delito imprudente comprende las acciones que con referencia a sus consecuencias causales no presentan la medida mínima de dirección final exigida jurídicamente. Este nuevo planteamiento de la cuestión se debió, primordialmente, a las críticas que surgieron desde su propia escuela. NIESE, partiendo de lo mismos presupuestos que su maestro WELZEL, criticó de forma tajante el concepto de finalidad potencial que caracterizaba al delito imprudente frente al doloso: « La finalidad es una categoría del ser que existe o no existe »¹¹⁷. En ese « ser o no ser » reside la esencia de las categorías ontológicas. No existe una tercera posibilidad. NIESE llega a la siguiente conclusión: « Por ello la finalidad potencial no es finalidad, y la expresión alguien habría podido evitar un resultado mediante una actividad final, conlleva la constatación de que él no ha actuado en realidad finalmente »¹¹⁸.

¹¹⁴ Pp. 222 s. (resaltado en el original); el mismo, PG 2ª, pp. 100 s; el mismo, Bild, pp. 56 s.; el mismo, p. 342, nota 91; el mismo, PG, pp. 149 ss. La búsqueda de soluciones de este tipo basadas en datos antropológicos ni fue novedosa (ya en v. BAR, Gesetz und Schuld II, pp. 443 ss.) ni se encuentra pasada de moda (JESCHECK, PG, 37 III 3, 38 IV 3; el mismo, LK, antes de 13/75). Sobre el fundamento material de la culpabilidad por el carácter, ENGISCH, Untersuchungen, pp. 451 ss. En contra de la posición de WELZEL, WOLFF, Handlungs begriff, p. 29.

¹¹⁵ Vid. por todos ROXIN, PG, § 6.

¹¹⁶ Este cambio se materializó en las dos primeras ediciones de Das neue Bild des Strafrechtssystems. Cfr. BUSTOS, Culpas, pp. 42 ss.; CEREZO, Problemas, p. 111; RGUEZ. MUÑOZ, La doctrina de la acción finalista, pp. 58 ss.

¹¹⁷ NIESE, Finalität, p. 43.

¹¹⁸ NIESE, Finalität, p. 43. Este autor recogió las críticas de BOCKELMANN, Täterschaft, pp. 31 ss. y MEZGER, Wege, pp. 9, 18 s.: « « Finalidad potencial » es un contrasentido y, por ello, algo a eliminar en general ». WELZEL respondió de forma poco convincente en la 4ª ed. de su manual, argumentando que no se deben confundir los conceptos « ontológico » y « real ». ¿Cuál es la consecuencia práctica ?

STRUENSEE, JZ 87, p. 62, ha insistido recientemente en esta idea: « La acción prohibida ha de caracterizarse por la finalidad existente y no [...] por la finalidad ausente ».

NIESE se vio entonces necesitado de reelaborar la doctrina del delito imprudente sobre otras bases que no fueran la « finalidad potencial ». Considera que la imprudencia es un supuesto de falta de conocimiento actual del tipo y el fundamento del desvalor se encuentra en que el autor habría conocido la realización del tipo si hubiera actuado con el cuidado correspondiente a un correcto participante en el tráfico, teniendo en cuenta las capacidades personales del autor y las circunstancias del caso concreto¹¹⁹. Su argumentación central transcurre a través de la idea de que aunque la esencia del dolo es la finalidad (como estructura lógico-objetiva, ontológica), ello no significa que toda finalidad sea dolo¹²⁰. NIESE tiene en cuenta el dolo sólo como un proceso psicológico¹²¹, pero no como una forma de cometer un delito. Para él el dolo es solamente un subconcepto de la finalidad, no del delito. El dolo es para este autor « la finalidad dirigida a la realización de un tipo »¹²². En consecuencia, si el dolo es finalidad penalmente relevante, el no-dolo (imprudencia) es finalidad penalmente irrelevante¹²³. En la imprudencia la finalidad se dirige hacia un fin que no es el resultado típico¹²⁴. La psicologización del dolo hace que la imputación imprudente tenga que seguir un camino completamente distinto. El fundamento de la imprudencia se encuentra en que el autor persigue un fin penalmente irrelevante *no cumpliendo (omitiendo) el cuidado obligado en el tráfico*¹²⁵. Aquí se encuentra el fundamento dogmático de la responsabilidad por imprudencia más extendido en esta segunda mitad de siglo. La conducta imprudente no se desvalora porque su dirija finalmente hacia un resultado típico, sino por una ausencia de utilización de los medios adecuados (infracción del deber objetivo de cuidado)¹²⁶. En realidad, la investigación de NIESE tiene como consecuencia que se instaure el concepto de *obligatio ad diligentiam* de FEUERBACH (con todos sus inconvenientes) en el concepto personal de injusto. No es de extrañar que para el discípulo de WELZEL el delito imprudente equivalga a un delito de comisión por omisión¹²⁷. A este desarrollo de

119 NIESE, Finalität, p. 50.

120 NIESE, Finalität, p. 54. En este aspecto incide posteriormente WELZEL, Abhandlungen, pp. 350 s., nota 20.

121 Cfr. JAKOBS, PG, 9/nota 12.

122 Finalität, p. 56. Vid. también p. 9.

123 De esta manera se incurre en uno de los grandes defectos del finalismo: no se puede distinguir de forma clara entre fines y motivos de la acción. Si alguien conduce excesivamente rápido para llegar a tiempo a una cita con su novia, ¿Hemos de entender la cita como fin de la acción o como motivo de la acción?

124 NIESE, Finalität, pp. 58 s. MAURACH se aferró a esta idea hasta el final de su obra (PG, 42 I a; 16 II C 2 b; 17 I 1,3). Un argumento similar ya había sido utilizado por ABEGG, Lehrbuch, § 85.

125 Finalität, pp. 60 s.

126 Finalität, p. 63.

127 Finalität, p. 62. La idea no es nueva. Sobre los predecesores de NIESE en este punto, BINA VINCE, Die Vier Momente, pp. 37 ss., en profundidad.

NIESE, básico para entender las formulaciones actuales de la doctrina mayoritaria, hay que objetarle los siguientes aspectos:

a) El injusto sigue teniendo un fundamento del desvalor para el delito doloso y otro para el delito imprudente: o bien es finalidad desaprobada (dolo) o es una infracción contra el deber objetivo de cuidado (imprudencia). NIESE pone ya en evidencia que para el injusto personal la división entre el ámbito del delito doloso y el ámbito del delito imprudente es absolutamente irreconciliable. No es posible llegar con una visión psicologicista a un concepto unitario de injusto merecedor de pena.

b) La finalidad ya no sirve como un criterio de imputación (selección de la causalidad penalmente relevante) válido para todos los tipos de resultado. Todas las conductas delictivas consisten en acciones orientadas de acuerdo a fines individuales, pero el Derecho penal cuando impone una pena no siempre desvalora la finalidad del sujeto. El Derecho penal desvalora el no comportarse conforme se espera, con independencia de la finalidad del autor. El fundamento de la responsabilidad por imprudencia no se encuentra en la mente del autor, sino en razones funcionales: las necesidades de un determinado sistema social.

c) En realidad, NIESE repara el edificio dogmático del finalismo para mejorar su apariencia, pero los cimientos del mismo se encuentran deteriorados. Afirmar que el delito imprudente abarca las acciones que no presentan la medida mínima de dirección final que se exige para desenvolverse en las relaciones sociales es lo mismo que afirmar que la imprudencia es un supuesto de evitabilidad (finalidad potencial)¹²⁸. La variación de NIESE es una variación esencial, aunque traicione sus propios postulados: la posibilidad de evitar no depende de lo que el individuo pueda o no pueda, sino de lo que el Derecho considera que debe o no debe hacer. Las posibilidades subjetivas quedan así claramente desplazadas del injusto y afincadas en la culpabilidad en lo que respecta al delito imprudente. Lo que el sujeto debe evitar queda determinado por razones funcionales que dependen de la constitución de una determinada sociedad y no de la visión personal que tenga el autor del hecho que está realizando.

d) Al autor imprudente no se le reprocha lo que ha hecho, sino lo que ha omitido. El desvalor de la acción imprudente reside en la omisión de una mejor dirección final

¹²⁸ JAKOBS, PG, 6/15; RGUEZ. MUÑOZ, La doctrina de la acción finalista, pp. 132 s. Se le puede realizar la misma crítica a WEIDEMANN, GA 84, pp. 409 ss.

exigida por el Derecho para evitar la causación de resultados. El injusto se fundamenta no en matar o lesionar, sino en no cumplir lo mandado por la norma de cuidado en dicha situación. Viene a la memoria la construcción de KLEIN: la imprudencia supone no aplicar una « voluntad buena » (la mandada) por perseguir otros fines¹²⁹.

2. WELZEL se vio obligado a reformular la fundamentación del delito imprudente para que su concepto final de acción pudiera explicar todas las maneras de llevar a cabo un delito. Como puso de relieve ARTH. KAUFMANN, la clásica frase de BINDING de la « persecución del dolo en la imprudencia » cobraba actualidad, convirtiéndose en ese caso « la persecución de la finalidad en la imprudencia »¹³⁰. WELZEL tenía dos salidas a la encrucijada en la que se encontraba después de las críticas formuladas por NIESE:

a) Una vía sería insistir en la finalidad del autor y construir, al igual que lo había hecho STÜBEL, el delito imprudente de una forma paralela a la del delito doloso, transformando el dolo de resultado en un dolo de peligro. Este camino fue seguido, por ejemplo, por ARTH. KAUFMANN, que, de acuerdo con su opinión de que la culpabilidad sólo se podía fundamentar en la « formación individual de la culpabilidad », excluyó la denominada culpa inconsciente de la teoría jurídica del delito¹³¹: « Lo esencial en la imprudencia consciente es el dolo de peligro »¹³². Pero esta solución era difícilmente

¹²⁹ ARTH. KAUFMANN, Schuldprinzip, p. 172.

¹³⁰ ARTH. KAUFMANN, Schuldprinzip, p. 166.

¹³¹ Schuldprinzip, pp. 153 ss., 223 ss.; Jura 86, pp. 231 s. Especialmente radical en los mismos planteamientos, BOCKELMANN, Aufsätze, pp. 213 ss. Sin embargo, de forma dubitativa, BOCKELMANN/VOLK, PG, p. 168. En nuestra literatura, BACIGALUPO, PG, p. 250, llega a la conclusión de que « la punibilidad de la culpa inconsciente no es obvia. No es seguro que sea compatible con el principio de culpabilidad ». Más referencias de autores que comparten la opinión de KAUFMANN, en JESCHECK, PG, 54 I 4 a). En contra de esta opinión: ARM. KAUFMANN, Strafrechtsdogmatik, pp. 133 s., con más referencias a la doctrina mayoritaria, KÖHLER, Fahrlässigkeit, pp. 385 ss.; ROXIN, PG, 24/59. Para un resumen de la situación en la literatura alemana, CRAMER, Schönke/Schröder, 15/203. En nuestra literatura el problema ha sido tratado extensamente por CORCOY, El delito imprudente, pp. 240 ss., con más referencias. Como curiosidad, se puede ver el problema desde la perspectiva de un Derecho no tenido generalmente en cuenta como el anglosajón en NINO, Límites, pp. 424 ss.

Sobre la estrecha vinculación que ha existido siempre entre una concepción de la culpabilidad como « culpabilidad por la voluntad » y la idea de la impunidad de la culpa inconsciente, ENGISCH, Untersuchungen, pp. 38 ss., 356 ss., que a lo largo de su monografía rechaza esta posición. Este autor (p. 401) puso de manifiesto como « la imprudencia inconsciente es así caracterizada a través del error, en consecuencia todo intento de demostrar en ella un momento doloso está destinado al fracaso ».

En tiempos más recientes, WOLTER, Verurteilung, pp. 188 ss., convierte toda la imprudencia en imprudencia consciente.

¹³² ARTH. KAUFMANN, Schuldprinzip, p. 154. Sobre la imprudencia consciente como dolo de peligro y sus distintas formulaciones, ENGISCH, Untersuchungen, pp. 400 ss. Esta es la línea que en la actualidad mantienen los discípulos de ARM. KAUFMANN STRUENSEE en Alemania y SERRANO en España (vid. infra IX.C.7) para defender los axiomas del finalismo, siguiendo un camino que WELZEL nunca quiso emprender. Se muestra de acuerdo con estos autores: ZIELINSKI, AK, 15, 16/89 s.: « El delito imprudente no es otra cosa que un delito doloso no descrito típicamente ». Si algo no se encuentra

compatible no sólo con el Derecho positivo, sino con la concepción normativa de la culpabilidad que era una aportación esencial de la dogmática alemana. Además, el elemento del cuidado necesario en el tráfico permitía llegar a soluciones razonables en la vida práctica y no convenía renunciar a él¹³³. WELZEL tampoco perdió de vista el hecho de que en los delitos de homicidio, por ejemplo, el cadáver forma parte del hecho descrito en el tipo. Y aunque WELZEL entendiera que el resultado típico no era un elemento esencial del injusto¹³⁴, no deja de ser un elemento de los tipos de resultado por exigencias del Derecho positivo. No se puede perder de vista el siguiente dato: al final de su obra el padre del finalismo prefirió quedarse con los indudables avances que había protagonizado en el marco de la teoría jurídica del delito y del imprudente en particular, para lo cual renunció a que la finalidad del autor definiera el ámbito de lo prohibido. WELZEL formuló al final de su obra, aunque sólo de forma indiciaria, un concepto más amplio conforme al cual se pudiera cumplir uno de los requisitos de la acción penal: abarcar todas las modalidades de comportamiento delictivo establecidas por el legislador¹³⁵. El fundador de la doctrina final de la acción se dio cuenta demasiado tarde de que hubiera podido desarrollar y extender mucho mejor su contribución decisiva, el concepto personal de injusto, si no lo hubiera vinculado tan estrechamente a conceptos ontológicos y prenormativos. No es ninguna casualidad que como colofón de un artículo donde resumía su propia contribución al desarrollo de la ciencia penal alemana y sus triunfos acuñara el término « acción cibernética » para poder abarcar precisamente esa modalidad delictiva que siempre se había negado a dejarse domar por su sistema: el delito imprudente¹³⁶. Las ponderaciones normativas superaron a los principios ontológicos.

b) WELZEL, por razones teleológicas, decidió profundizar en los planteamientos de NIESE. Aunque ello fuera a costa de reconocer, por mucho que se intentara disimular,

descrito típicamente, la imposición de la pena infringe el principio irrenunciable de legalidad.

¹³³ WELZEL, PG, p. 131. Las razones de WELZEL se vieron avaladas por la práctica, cuando en 1957 el gran Senado del T. S. alemán estimó que el cuidado necesario en el tráfico suponía un elemento constitutivo del injusto.

¹³⁴ Sobre la posición de WELZEL al respecto, infra VII.

¹³⁵ WELZEL, PG, p. 129: « Los problemas del delito imprudente deberían ser solucionados a costa de la ampliación de concepto de acción, en el que al lado de la acción en sentido estricto, propio, es decir, la auténtica actividad final, se hubiera desarrollado una acción en sentido más amplio, la evitabilidad ejercida finamente ». En el mismo sentido: ADP 68, p. 225; Maurach-FS, pp. 7 s.; PG, pp. 37, 131. Sobre esta posición de WELZEL, ROXIN, Arm. Kaufmann-GS, p. 248.

¹³⁶ Para una mejor comprensión del significado y alcance del concepto « acción en sentido cibernético », es recomendable leer las dos deliciosas páginas (Abhandlungen, pp. 342 s.) que WELZEL dedica al problema de los automatismos en el ámbito del tráfico viario. El desarrollo moderno de esta concepción ha corrido a cargo de JAKOBS, Welzel-FS, passim y PG, 6/20 ss. Este concepto de acción no sólo era importante para la explicación del delito imprudente, sino también para el delito de omisión, sobre todo después del extenso estudio de ARM. KAUFMANN, Dogmatik der Unterlassungsdelikte, passim, sobre el delito de omisión desde la perspectiva de la doctrina final de la acción.

que la imprudencia consistía, a diferencia del dolo, en una acción cuya finalidad era irrelevante para el Derecho penal¹³⁷. La renuncia a que la finalidad del autor supusiera el elemento fundamentador de la imputación penal le acarreó críticas tanto desde el campo de sus discípulos más radicales como desde el campo de sus detractores. Pero WELZEL consiguió su objetivo primordial. También en el injusto imprudente se tenía en cuenta que lo que la norma prohibía no era un proceso causal sino la acción de una persona libre y responsable. Así consiguió WELZEL que se abandonara el concepto causal de injusto¹³⁸. Como señala BUSTOS¹³⁹, « justamente en cuanto hay una acción final, es posible exigir un cuidado determinado, no en otro caso; no se podría hablar de cuidado ni exigirlo respecto de un simple proceso causal. La causalidad en sí es incompatible con este concepto; tal concepto es propio sólo del actuar humano, es decir, de la conducta humana ». Lo que sucede es que el injusto imprudente no quedó constituido como un injusto personal, sino como un injusto normativo (por ello el deber subjetivo de cuidado sólo era tenido en cuenta en la culpabilidad como reproche al autor concreto de la inobservancia del cuidado objetivamente debido)¹⁴⁰. Pero WELZEL consiguió convencer de que

¹³⁷ Una exposición del propio WELZEL, en ADP 68, p. 223 y passim. La reformulación del delito imprudente se plasmó en la 2ª ed. de « Das neue Bild des Strafrechtssystems » y en la 6ª ed. de su manual. Sobre esta evolución, me remito al minucioso estudio llevado a cabo por RGUEZ. MUÑOZ, La doctrina de la acción finalista, pp. 49 ss.

Esta es la razón por la cual WELZEL, y con él la doctrina mayoritaria, no aceptó la existencia de un tipo subjetivo en el delito imprudente. Donde no existía finalidad no podía existir un tipo subjetivo (desvalor de la acción entendida como desvalor de la finalidad). En el delito imprudente el juicio desvalorativo de la antijuridicidad recae exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción. En tiempos recientes, desde el finalismo se ha defendido la existencia de un tipo subjetivo en el delito imprudente (vid. infra IX.C.7). Ello es debido a que ciertos partidarios de la doctrina final de la acción consideran haber « descubierto » el momento del desvalor de la finalidad en el delito imprudente. Estas consideraciones tienen gran importancia para el desarrollo de la moderna dogmática del delito imprudente. Sólo quien parta de los presupuestos metodológicos del finalismo tiene que partir necesariamente de que las razones que obligan a considerar que el tipo doloso conste de tipo objetivo y subjetivo no son trasladables al delito imprudente. Desde presupuestos metodológicos distintos, se puede partir de una sistemática del injusto completamente distinta.

¹³⁸ DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, p. 25; SILVA, Introducción a El sistema moderno, p. 12; WELZEL, Abhandlungen, p. 344. Vid. el prólogo a la 7ª ed. de su manual.

¹³⁹ Culp, p. 48.

¹⁴⁰ WELZEL, ADP 68, p. 229; el mismo, PG, pp. 127 ss. Esta estructuración del delito imprudente suponía apoyar las tesis de otros autores: Tanto ENGISCH, Untersuchungen, passim, siguiendo una línea marcada por EXNER como v. WEBER, Grundriss des Deutschen Strafrechts (2ª ed.), pp. 83 ss.

El deber subjetivo de cuidado o previsibilidad individual, fue ubicado en la culpabilidad a principio de los años 50 (6ª ed. del manual, Bild, pp. 32,53). RGUEZ. MUÑOZ, La doctrina de la acción finalista, pp. 47 ss., ha resaltado en nuestro Derecho como el cambio ya se había fraguado en un artículo en italiano del año 51 titulado La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell' azione, recogiendo la siguiente fundamentación del delito imprudente por parte de WELZEL (pp. 12 ss.): « La acción culposa es una acción finalista productora de consecuencias no finalistas, aunque ciertamente evitables mediante una conducta finalista [...] La culpa es, por tanto, la reprochabilidad de las consecuencias no finalistas de acciones finalistas. Mientras los tipos de los delitos dolosos se ocupan en las consecuencias de la acción provocadas finalistamente, los tipos de los delitos culposos regulan el significado penal de las consecuencias no finalistas de la acción finalista [...] En los delitos culposos las consecuencias producidas finalistamente nada significan frente al tipo; sólo son relevantes las consecuencias no finalistas. Así

mediante su concepción del injusto imprudente las soluciones de los diversos casos eran más satisfactorias. Así, en su conocido ejemplo¹⁴¹ de la colisión de dos coches en una curva cerrada porque el coche A se pasa del lado derecho de la carretera al lado izquierdo mientras que el coche B circula correctamente por el lado derecho, la doctrina tuvo que admitir que lo racional era declarar la conducta de A como injusto y la de B como desgracia que se convierte en lesión sólo por la conducta defectuosa del que circula por el carril contrario. Con base en el principio de confianza, un conductor no respeta el cuidado mínimo que hay que tener en el ámbito del tráfico viario y el otro no infringe ningún deber de cuidado. Desde un punto de vista teleológico, el cuidado necesario en el tráfico (incluyendo el principio de confianza) no podía ser entendido más que como un elemento del tipo que eliminaba la tipicidad de una conducta aunque hubiera algún tipo de relación causal con un resultado. Así superó WELZEL el concepto causal de injusto más puro¹⁴².

resulta que la acción imprudente es una acción finalista, respecto a la cual el tipo regula el significado penal de las consecuencias no finalistas. Frente a los tipos finalistas de los delitos dolosos, el tipo de los delitos culposos consiste en una lesión puramente causal de los bienes jurídicos ». Las consecuencias sistemáticas son (pp. 13 s., nota 5): « En este punto corrijo la observación hecha en mi Lehrbuch (p. 85) de que en los delitos culposos la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad no tendría fundamento. Este error me ha sido reprochado con razón por GRISPIGNI (Diritto penale italiano, p. 309). Pero sería exageración suma deducir de ello, sin más, la « bancarrota » de la doctrina finalista de la acción. Pues tampoco la doctrina finalista de la acción ha surgido ya perfecta desde el primer momento como Atenea del cerebro de Júpiter, sino que ha precisado y sigue precisando de un fatigoso trabajo para perfeccionarla, liberándola de toda objeción en todo respecto dogmático. Para la sistemática de mi Lehrbuch esta corrección tendrá como consecuencia que en lo futuro dividiré en dos el tipo de injusto; al lado del tipo del injusto de los delitos dolosos (con el dolo como momento esencial de la antijuridicidad), trataré el tipo del injusto de los delitos culposos (violaciones socialmente no adecuadas de los bienes jurídicos). A ello seguirá el concepto de culpabilidad, igual para ambas especies de delitos, como reproche que recae sobre la formación de la voluntad. De tal suerte mi Sistema resultará más claro y sencillo ».

Los cambios sistemáticos no quedaron ahí: WELZEL consideró desde la 4ª hasta la 6ª ed. que el cuidado exigido en el tráfico era una causa de justificación en el delito imprudente, consistiendo el tipo en la mera lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (PG 4ª, pp. 96 ss. y Bild 2ª, pp. 23 ss.). El cambio reflejado en el texto que se produce en la 6ª ed. WELZEL ya reflejó su tesis central: el deber objetivo de cuidado era el elemento que fundamentaba el desvalor de la conducta tipificada. La adecuación social siguió este mismo camino, debido especialmente a la influencia de su discípulo HIRSCH, aunque hasta la octava edición (cfr. CANCIO, ADP 93, p. 701; DEUTSCH, Welzel-FS, pp. 238 s.; GOMEZ BENITEZ, Ejercicio, pp. 207 s.; REYES, Imputación, pp. 87 s.; ROLDAN, Adecuación social, pp. 57 ss.). Para WELZEL, hasta la 8ª ed. « la adecuación social es la causa de justificación de la conducta típica arraigada en el orden ético-social de la vida en comunidad (derecho consuetudinario) » (9ª ed., pp. 50 ss., 10ª ed., pp. 52 ss.). A partir de ahí pasa a ser un criterio de interpretación de los tipos dolosos de la parte especial. Ambos conceptos carecían ya de la identidad que WELZEL les había conferido en sus primeras obras. La insistencia en la finalidad hizo que la adecuación social pasara a tener su campo de aplicación en el dolo y el riesgo permitido y el cuidado necesario en el tráfico en la imprudencia. El traslado del cuidado necesario en el tráfico y la adecuación social desde el tipo a la antijuridicidad se debió a la progresiva desnormativización del tipo llevada a cabo en el marco del injusto personal. Antes de llegar a la solución resumida en el texto, el tipo quedaba reducido a la pura causalidad. WELZEL concibió progresivamente la conducta típica como una conducta final que determina o puede determinar la causalidad. Esta era una concepción puramente naturalista, neutra valorativamente y privada de sentido social (curiosamente en la línea de BELING y que le acercaba a MEZGER, NJW 53, p. 6, que poco antes de la 4ª ed. del manual de WELZEL había reconocido la adecuación social como causa de justificación en el delito imprudente).

¹⁴¹ WELZEL, PG, p. 128. Cfr. BERISTAIN, Cuestiones, pp. 105 s., 108.

¹⁴² Este cambio sistemático ha posibilitado un mayor desarrollo y concreción de ciertos temas como

Sin embargo, hay que destacar que esta segunda construcción del cuidado necesario en el tráfico ya no se puede identificar con la de los STUDIEN ZUM SYSTEM DES STRAFRECHTS, como un elemento dinámico que permitía eliminar la tipicidad de la conducta no sólo en el delito imprudente sino también en el doloso. También es preciso destacar que la diferencia esencial entre NIESE y WELZEL es que el primero construyó el injusto imprudente a espaldas de la acción final. El deber de cuidado era, para NIESE, algo que se desatendía no finalmente, sino *con ocasión* de una acción final. Por el contrario, su maestro no se resignó a tanto e intentó profundizar en la relación entre deber de cuidado y acción final, pretendiendo de esta manera que ésta configurara el tipo imprudente y fuera tenida en cuenta para desvalorar conductas¹⁴³. Para no renunciar a la finalidad como elemento central de la imputación (del injusto), WELZEL sustituye el objeto de la finalidad: en vez de consistir éste en el resultado típico, el objeto de la finalidad relevante en el tipo imprudente consiste en los medios elegidos y empleados para conseguir un determinado fin irrelevante para el Derecho penal¹⁴⁴. WELZEL lo explica de la siguiente manera¹⁴⁵: « Una acción es típica, en el sentido de los delitos culposos, si su dirección real no se corresponde al cuidado necesario en el tráfico y a consecuencia de ello ha producido un resultado típico ». El injusto imprudente se fundamenta en la no prestación de un cuidado necesario en el tráfico para preservar bienes jurídicos, cuidado que el autor podía haber prestado con una mejor orientación de la finalidad. Supone la divergencia entre la acción final realmente emprendida y la que debería haber sido realizada en virtud del cuidado necesario en el tráfico¹⁴⁶. Al no poder

el riesgo permitido, el principio de confianza, la importancia de la víctima a efectos de imputación, el desarrollo de los límites a la imputación del resultado a título de imprudencia, la clarificación de la diferencia normativa entre dolo e imprudencia, etc. El desarrollo moderno de estas cuestiones ya no es comprensible a partir de una estructuración clásica del delito.

¹⁴³ Cfr. JAKOBS, Studien, pp. 72 s.

¹⁴⁴ WELZEL, Bild, p. 31; el mismo, JuS 66, p. 424; el mismo, PG, pp. 37 s., 130 s. De acuerdo: KÜPPER, Grenzen, p. 54, con más referencias; WEIDEMANN, GA 84, p. 413: « La realización de la finalidad desaprobada jurídicamente en el delito doloso se corresponde en el hecho imprudente con la lesión del deber objetivo de cuidado, la « conducción inadecuada » en el momento de la realización del fin jurídicamente irrelevante ».

¹⁴⁵ ADP 68, p. 229.

¹⁴⁶ CERESO, Problemas, p. 34, defendió esta nueva concepción de su maestro en nuestra doctrina en 1961, postura que ha mantenido hasta la actualidad:

« El juicio disvalorativo de la antijuridicidad recae también, sin embargo, sobre el contenido de la voluntad del autor en el delito culposo. También en el delito culposo el contenido de la voluntad del autor es jurídico-penalmente relevante. El fin perseguido por el agente es muchas veces jurídico-penalmente irrelevante, pero no los medios elegidos por él para su realización o la forma de su utilización. El hombre que conduce el coche y causa, en forma no dolosa, la muerte de un peatón realiza una acción final: conducir el coche. El fin de la acción -ir a un lugar determinado- es jurídico-penalmente irrelevante. El medio elegido -el coche- lo es en este caso también. Jurídico-penalmente relevante es, en cambio, la forma de la utilización del medio, si el autor, por ejemplo, había conducido a una velocidad excesiva. La forma de utilización del coche, es decir, su conducción a velocidad excesiva, querida por el autor, implica una

ser el resultado el objeto de la finalidad, pasa a serlo la aparición en el mundo de una conducta contraria al deber de cuidado.

BUSTOS¹⁴⁷ ha resumido en lengua española las diferencias esenciales entre la posición de WELZEL y la de NIESE: « Para superar las dificultades Welzel, sencillamente, aplicó los principios de la teoría final de la acción a los delitos culposos de un modo más estricto y consecuente. La distinción entre delitos dolosos y culposos reside en que en los delitos culposos falta un mínimo de dirección final requerida, que provoca justamente la producción del resultado. De ahí que no puede sostenerse que en los delitos culposos hay una acción « con finalidad jurídicamente irrelevante », como sostenía Niese. Con razón podía objetarse a Niese, que de acuerdo a sus propias palabras, la finalidad no juega papel alguno en los delitos culposos. Es decir, el concepto de la finalidad sería abandonado en los delitos culposos; en otras palabras, la finalidad existe, pero su contenido concreto no debe interesarnos. Naturalmente la finalidad en los delitos culposos no está en relación con el resultado producido, en cuanto se hubiese *dirigido* el actuar hacia ese resultado, sino que el fin orientador es otro, esto ya había sido señalado por Feuerbach y Abegg entre otros. Pero, de todas maneras, no se trata en modo alguno de una finalidad irrelevante jurídicamente; esto podría aseverarse sólo si bajo el concepto de finalidad se comprendiera exclusivamente el fin último, en vez de toda la ejecución de la acción. Justamente en los actos intermedios, en el control y elección de los medios de la acción, el autor culposo no aplica la dirección requerida. De ahí que la ejecución de la acción o, en otras palabras, la realización final, es siempre jurídicamente relevante; no relevante jurídicamente sólo podría ser eventualmente el fin último. Como momento decisivo de los delitos culposos surge, entonces la acción (final). Esta representa no un proceso final potencial o posible, sino un proceso final realizado. Y esta acción es siempre jurídicamente relevante ».

3. La materia de desaprobación (tipo objetivo) de la norma penal es distinta para el delito doloso de resultado y el delito imprudente. En realidad se trata de dos normas

inobservancia del cuidado objetivamente exigido por el Derecho para evitar las lesiones de los bienes jurídicos. El cuidado objetivamente debido se determina según las necesidades del tráfico y según la capacidad de un hombre inteligente y cuidadoso, y no según la capacidad del autor de la acción concreta. Es un criterio objetivo que se utiliza para determinar la tipicidad de la conducta. El contenido de la voluntad del autor es, pues, jurídico-penalmente relevante y fundamenta la antijuridicidad de la acción. La muerte no dolosa del peatón es sólo típica si se ha producido precisamente a causa de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

Si la muerte del peatón se hubiera producido, aunque el conductor hubiera observado el cuidado objetivamente debido, es decir, aunque no hubiera conducido a velocidad excesiva, la lesión del bien jurídico no sería típica. El disvalor de acción -es decir, la inobservancia del cuidado objetivamente debido- constituye también el núcleo esencial de lo injusto de los delitos culposos. El disvalor del resultado no tiene relevancia si la lesión del bien jurídico no ha sido causada por una acción antijurídica. El juicio disvalorativo de la antijuridicidad recae, pues, también en el delito culposos sobre el contenido de la voluntad del autor, es decir, sobre el lado interno o subjetivo de la acción ».

De acuerdo, GRACIA, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, pp. 58 s.

¹⁴⁷ Culpa, pp. 42 s.

distintas, objeción que ya BINDING le había hecho a la *obligatio ad diligentiam* de FEUERBACH. El autor imprudente no infringe la misma norma que el autor doloso. En el primer caso se desautoriza la causación de un resultado perseguido finalmente. En el segundo caso se desautoriza la conducta que infringe las exigencias objetivas de cuidado que dispone el ordenamiento jurídico para la seguridad del bien jurídico protegido en el tipo penal correspondiente. Por esta misma razón pierden el resultado y su imputación toda relevancia en el injusto imprudente¹⁴⁸, cuestionándose continuamente su pertenencia al mismo. En el injusto imprudente no se castiga matar, sino infringir ciertas reglas de cuidado que pueden causar resultados. La « teoría del injusto personal » de WELZEL queda dividida en tres partes¹⁴⁹:

a) Un grupo de normas prohíben la producción final de un resultado indeseada por el ordenamiento. Estas normas desvaloran lo que el sujeto persigue con su conducta. Las conductas que infringen estas normas son delitos dolosos comisivos. El autor infringe este tipo de normas cuando con su conducta persigue una muerte, una falsificación de un documento público, etc.

b) Un segundo grupo de normas desvaloran los medios utilizados a la hora de realizar la acción, siendo indiferente qué es lo que persigue el autor. No se desvalora el fin de la acción en cuanto tal, sino la ejecución final concreta¹⁵⁰. Estas normas *obligan* a hacer uso del « cuidado exigido en el tráfico »¹⁵¹. Obligan a realizar una prestación en beneficio de los bienes jurídicos propia de un hombre prudente y razonable en esa misma situación. Las conductas que infringen estas normas son delitos imprudentes. El autor infringe este tipo de normas cuando su conducta consiste en adelantar a un motorista sin respetar la distancia de seguridad, intervenir quirúrgicamente sin realizar una prueba previa al paciente de su estado de salud, construir una casa con materiales ignífugos, etc¹⁵².

148 GALLAS, ZStW 67, pp. 41 s. A la misma conclusión llega recientemente desde otra perspectiva CORCOY, El delito imprudente, pp. 84 s., 94 s., por defender la naturaleza motivadora de las normas.

149 Bild, pp. 4 s.

150 BUSTOS, Culpas, pp. 47, 50.

151 ARM. KAUFMANN, Normentheorie, p. 285. De todas maneras, KAUFMANN se distanció posteriormente de esta posición, apoyándose en ciertas consideraciones de NOWAKOWSKI (Strafrechtsdogmatik, pp. 139 s.).

152 WELZEL, Bild, pp. 32 s.; el mismo, PG, p. 132; el mismo, Abhandlungen, pp. 326, 339. Cuando WELZEL consideraba el cuidado necesario en el tráfico un elemento de la antijuridicidad defendía la existencia de un doble mandato: en primer lugar, en el ámbito de la tipicidad, tener en cuenta todo posible resultado lesivo a la hora de elegir los medios de la acción y, en segundo lugar, en el ámbito de la antijuridicidad, observar para ello el cuidado necesario en el tráfico.

c) Los delitos omisivos consisten también en no cumplir con la acción obligada por la norma.

Esta idea tiene plena vigencia en nuestra doctrina y explica el tratamiento diferenciado que sufre el delito imprudente dentro de la teoría jurídica del delito¹⁵³. Este tratamiento diferenciado está claro si se acude a cualquier manual de Derecho penal. Por ejemplo, MIR PUIG¹⁵⁴ afirma desde su visión de la norma como norma de motivación, que « la antijuridicidad requerirá la *realización voluntaria* de las conductas que aparezcan como peligrosas. La norma que prohíbe matar *sólo puede* intentar motivar a no realizar *voluntariamente* una conducta encaminada a matar, pues no se puede « motivar » a no efectuar un comportamiento involuntario. Sólo la acción voluntaria de matar es la contemplada por la norma que prohíbe matar, y sólo ella es, pues, antijurídica en relación con dicha norma. El homicidio *doloso*, dará lugar, por tanto, a un tipo de injusto específico. Las conductas que ocasionan la muerte sin quererlo su autor no pueden *infringir* la prohibición de matar, sino sólo la norma que obliga a omitir acciones peligrosas para la vida o, en su caso, a ejecutarlas con prudencia, esto es: la norma de cuidado. Lo injusto (lo prohibido) del homicidio *imprudente* es, pues, distinto a lo injusto del *doloso*. Sistemáticamente, debe admitirse que la función preventiva de la norma penal conduce a tener que introducir el dolo y la imprudencia en el tipo de injusto, como dos formas diferenciadas del mismo ».

4. El deber objetivo de cuidado se corresponde con el comportamiento que una persona razonable y cuidadosa habría emprendido en la misma situación del autor. El contenido del cuidado objetivo en el caso concreto se determina de acuerdo con un punto de vista que WELZEL denomina « intelectual » (« previsibilidad objetiva ») y otro que denomina « normativo » (« riesgo permitido »), llegando a una determinación del injusto imprudente similar a la de ENGISCH¹⁵⁵.

IV. La « previsibilidad objetiva »

1. El deber de cuidado se ve infringido cuando el resultado típico es « objetivamente

¹⁵³ CEREZO, PG, p. 419, nota 87.

¹⁵⁴ PG, p. 151.

¹⁵⁵ WELZEL, Abhandlungen, pp. 326 s.; el mismo, PG, pp. 132, 136. Para la comparación, ENGISCH, Kausalität, pp. 41 ss. La principal diferencia reside en que ENGISCH entiende el instituto del riesgo permitido como una causa de justificación, y no como un instituto que configura el deber objetivo de cuidado. De acuerdo con WELZEL, entre otros: BERISTAIN, Cuestiones, p. 114: « El primer aspecto se reduce a la mera observación fáctica de un peligro, mientras que el segundo supone una precaución normativa, una valoración concreta »; CEREZO, PG, pp. 307, 421 ss.; LUZON PEÑA, PG, pp. 502 ss.; ROMEO CASABONA, El médico, pp. 69 ss.; SS. T. S. de 6 de abril y 13 de octubre de 1993 (Pte. Moner).

El § 55 del manual de JESCHECK refleja perfectamente la opinión dominante hoy en día con respecto a la determinación del deber objetivo de cuidado.

previsible ». El resultado tiene que ser previsible *ex ante* para una imagen ideal colocada en la misma situación y posición del autor¹⁵⁶. Es decir, la acción debe suponer una acción que de acuerdo con la experiencia general encierre una tendencia lesiva. Quedan excluidos todos los cursos causales inadecuados¹⁵⁷. De esta manera, no se pierde de vista que los tipos imprudentes como los de homicidio y lesiones son tipos de resultado¹⁵⁸. WELZEL se suma a una tradición muy antigua, debido a los importantes servicios que la « previsibilidad objetiva » había ofrecido como filtro del tipo. Las razones de WELZEL para introducir este criterio dentro del deber objetivo de cuidado fueron meramente prácticas¹⁵⁹. Este elemento no fue aportado ni desarrollado por la doctrina final de la acción, sino por una corriente paralela más cercana a la « doctrina social de la acción », pero que posibilitaba resolver muchos problemas prácticos que suscitaba el tipo de injusto.

En los tipos de resultado siempre ha imperado la idea de la causación: lo que prohíbe el tipo es causar muertes. Por ello nadie duda de que haya que exigir la comprobación de una relación de causalidad entre un resultado y una persona para poderle imputar tal resultado. Pero, al mismo tiempo, la doctrina viene manteniendo tradicionalmente que la mera relación causal no es suficiente. Por ello la evolución doctrinal de la teoría del tipo ha venido determinada por el intento de limitar la pura responsabilidad por la causalidad¹⁶⁰. Esta pretensión ha cobrado mayor relevancia en el

156 WELZEL, Bild, pp. XII, 36 ss.; el mismo, PG, pp. 46, 135 ss.; el mismo, Abhandlungen, pp. 321, 329 ss. En el mismo sentido, entre otros, BUGSTALLER, WK, 6/35 s.; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 58 s., 87 ss.; HENKEL, NJW 56, pp. 1451 s., con respecto a un caso concreto de predisposición de la víctima hacia la trombosis; HIRSCH, Dreher-FS, p. 227; KAMINSKI, Der objektive Maßstab, p. 16; LUZON, EJB, p. 3466.

157 WELZEL, PG, pp. 132, 136 s.; el mismo, Abhandlungen, pp. 326, 333. Cfr. BURGSTALLER, WK, 6/62; EBERT, Jura 79, p. 566; KRAUSS, ZStW 76, pp. 43 ss.; RUDOLPHI, SK, antes de 1/54; STRATENWERTH, PG, nums. margs. 221, 1092; el mismo, Schw. Str. 9/26; TRIFFTERER, PG, p. 126.

En este sentido, la teoría de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, PG, pp. 320 ss. que distingue entre causación y causalidad (de acuerdo, CARBONELL y GLEZ. CUSSAC, PE, pp. 504 ss.) sería una reformulación de la tradicional « teoría de la causalidad adecuada ». Estos autores formulan así este criterio: « Existe causalidad cuando las consecuencias de la conducta pueden ser previstas por un espectador imaginario, situado en el momento de la acción y provisto del conocimiento del autor y de todo el saber público de la humanidad ». En lugar del *topos* de la « previsibilidad objetiva » que les ocasiona problemas sistemáticos por relegar en su sistema todos los elementos subjetivos a la culpabilidad, utilizan el de « predecibilidad según leyes generales ».

Sobre la « teoría de la adecuación » como límite en el ámbito del Derecho civil, MICHALSKI, Jura 96, pp. 393 s.

158 MAIHOFER, ZStW 70, pp. 179, 182 y OEHLER, Eb. Schmidt-FS, pp. 233 s. ponen de manifiesto esta incongruencia del sistema de WELZEL.

159 Vid., por ejemplo, la encendida defensa que lleva a cabo MAURACH, GA 60, p. 104 y *passim* sobre el papel de la « teoría de la adecuación » para limitar los excesos de responsabilidad ya en el ámbito del tipo y no tener que hacerlo en el de la culpabilidad como hace la Jurisprudencia, lo que le lleva a un concepto de previsibilidad sin límites.

160 En profundidad sobre esta evolución, FRISCH, Verhalten, pp. 10 ss. y Tipo, pp. 24 ss.

delito imprudente que en el delito doloso debido a que el aspecto subjetivo de la conducta no ofrecía muchas ayudas y el delito imprudente se veía abocado a protagonizar un injusto puramente causal. El primer intento normativo serio para limitar el alcance de los tipos fue precisamente la « teoría de la adecuación ». Es decir, la necesidad de constatar una relación adecuada de acuerdo con la experiencia entre conducta y resultado¹⁶¹. Ya en tiempos de WELZEL las teorías individualizadoras de la causalidad, como la de la causalidad eficiente de KOHLER se encontraban superadas¹⁶². Estas teorías habían incurrido en el más exagerado positivismo naturalista al intentar la imposible tarea de deslindar teóricamente el concepto de causa del de condición para superar así la « teoría de la equivalencia de condiciones ». Pero la distinción entre causalidad típica y penalmente irrelevante se debe hacer en el ámbito de lo valorativo (imputación jurídico-penal) y no en el ámbito de lo ontológico (causalidad). La « teoría de la adecuación » es un complemento normativo de la « teoría de la equivalencia de las condiciones ». La doctrina señala como fundador de esta línea dogmática que admite la « teoría de la equivalencia de las condiciones » pero intenta limitarla a v. KRIES¹⁶³. En principio, la «

¹⁶¹ ENGISCH, Kausalität, pp. 22, 41 ss.; LARENZ, NJW 55, p. 1009 La obra de ENGISCH supone la versión más acabada de este movimiento doctrinal.

Un buen resumen de esta posición doctrinal en GIMBERNAT, ADP 62, pp. 575 ss., con abundantes referencias y REYES, Imputación, pp. 22 ss.

S. T. S. de 30 de mayo de 1988 (Pte. Bacigalupo): « Causa del resultado será, según el criterio de la causalidad adecuada, sólo aquella condición que, de acuerdo con la experiencia, es apropiada para la producción de un resultado de la especie determinada ».

¹⁶² La « teoría de la causalidad eficiente » que tiene su origen en KOHLER e intenta delimitar las causas de las meras condiciones carece en la ciencia dogmática de la actualidad y vigencia que todavía mantiene en la Jurisprudencia. La doctrina ha renunciado tanto a la posibilidad de dicha limitación reconociendo la validez de la « teoría de la equivalencia de condiciones » como a que dicha distinción tenga alguna relevancia para el tipo. En la literatura especializada se le concede a las « teorías individualizadoras de la causalidad » únicamente un valor histórico. Ya NAUCKE, ZStW 76, p. 423, nota 53, afirmaba rotundamente en 1964 que las teorías individualizadoras carecían ya de importancia. Sobre la « teoría de la causalidad eficiente » y las objeciones que le han hecho fracasar, CEREZO, PG, pp. 303 s., con extensas notas; CORCOY, El delito imprudente, pp. 410 s.; GIMBERNAT, Causalidad, pp. 97 ss., con más referencias; H. MAYER, PG, pp. 136 s.; MIR PUIG, PG, pp. 241 s.; REYES, Imputación, pp. 21 s.

El T. S. identifica la « teoría de la causalidad adecuada » (cfr. GIMBERNAT, Causalidad, pp. 25 ss.) con la « teoría de la causalidad eficiente », aunque ambas tienen un origen y una fundamentación doctrinal distintos.

¹⁶³ CEREZO, PG, pp. 304 s.; CORCOY, El delito imprudente, p. 411; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 8 ss.; RGUEZ. MOURULLO, PG, pp. 297 s.; ROXIN, PG, 11/31.

Sobre la polémica sobre si el verdadero fundador de la teoría fue v. KRIES o v. BAR, GIMBERNAT, Causalidad, p. 25. Sobre la teoría de v. BAR de la regla de la vida, de gran interés teniendo en cuenta la época en la que fue formulada, GIMBERNAT, Causalidad, pp. 44 ss., en profundidad y REYES, Imputación, pp. 22 ss.

v. KRIES considera que las teorías de la causalidad ya no aportan nada e inicia la « teoría de la causalidad adecuada » en la que ya no cumple ningún papel la distinción entre causa y condición (ZStW 9, p. 533). En todo caso, para distinguir entre autores y partícipes, como defenderían posteriormente otros autores. Para este autor el criterio decisivo para imputarle un resultado a una persona es si la conducta « es idónea en general, tiene una tendencia de producir un resultado como el que se ha producido » (Begriff der objektiven Möglichkeit, p. 201). La posición de v. KRIES tiene puntos de contacto con la de v. BAR: para imputar el resultado la conducta ha de tener « una relación general con el resultado causado que sea

teoría de la adecuación » se formuló como un principio para limitar el alcance de los delitos cualificados por el resultado¹⁶⁴. Después de la contribución de este autor la doctrina pasó a considerar típica toda causación de un resultado que no se pudiera definir previamente como improbable¹⁶⁵. La acción causante del resultado típico debía entrañar una tendencia general para producir tales resultados de acuerdo con las reglas de la experiencia¹⁶⁶. Este grado de tendencia suponía aumentar de forma no insignificante la probabilidad de producción del resultado¹⁶⁷. Gradualmente, la doctrina se fue dando cuenta de que para limitar la responsabilidad por la causación de un resultado no era suficiente con acudir en la culpabilidad a la previsibilidad subjetiva y desarrolló en el injusto el *topos* de la « previsibilidad objetiva »¹⁶⁸ como un paso más en la limitación de

idónea para producir tales lesiones de acuerdo con las circunstancias generales de la sociedad » (ZStW 9, p. 532).

¹⁶⁴ Es preciso resaltar el importante papel que la « teoría de la causalidad adecuada » ha desempeñado en nuestra Jurisprudencia para limitar los posibles excesos de los tipos cualificados por el resultado cuando éstos todavía existían en nuestro C. P.: entre otras, SS. T. S. de 27 de junio de 1972 (Pte. Díaz Palos); 28 de marzo de 1973 (Pte. Escudero); 15 de diciembre de 1977 (Pte. Vivas). Cfr. OCTAVIO/HUERTA, PG, p. 110.

¹⁶⁵ BURGSTALLER, Jescheck-FS, pp. 361 s. ENGISCH, Kausalität, p. 46; P. FRISCH., Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 89 s.; HILGENDORF, Jura 95, pp. 521 s., intenta recuperar en tiempos recientes los principios de la « teoría de la adecuación ».

Cfr. GOMEZ BENITEZ, Causalidad, pp. 20 s.; JAKOBS, PG, 7/31; ROXIN, CPC 89, p. 754; el mismo, PG, 11/32.

En este sentido, la S. T. S. de 6 de noviembre de 1972 (Pte. Díaz Palos).

¹⁶⁶ BURGSTALLER, Jescheck-FS, p. 361, con más referencias; MTNEZ ESCAMILLA, Imputación, p. 79.

¹⁶⁷ ENGISCH, Untersuchungen, p. 283: « Sólo es idóneo convertir en típica aquella conducta externa que da lugar a un resultado con una probabilidad no desdénable »; el mismo, Kausalität, pp. 46 ss.

Sobre los diferentes intentos de precisión de este grado de tendencia, CORCOY, El delito imprudente, pp. 412 s.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 95 ss. Sobre los problemas que tenía la « teoría de la adecuación » que trabajaba básicamente con la probabilidad como elemento delimitador del tipo con el grado de tendencia necesario para poder definir ya una conducta como típica, GIMBERNAT, Causalidad, pp. 42 ss., en profundidad.

Los problemas para determinar este « grado de tendencia » se pueden apreciar en tiempos recientes en HILGENDORF, Jura 95, pp. 521 s.

¹⁶⁸ Sobre este *topos* : ENGISCH, Untersuchungen, pp. 376 ss.; FRISCH, Verhalten, pp. 15 ss.; TRIFFTERER, Bockelmann-FS, pp. 201 ss., que lo considera no sólo un elemento del tipo imprudente, sino un elemento de toda imputación de un resultado a una persona, como precedente de su teoría de una « imputación objetiva » común a ambas modalidades delictivas.

Nuestro T. S. ha utilizado este criterio como fundamento material de la imputación de resultados en numerosas sentencias: vid. por todas, SS. T. S. de 6 de octubre de 1960 (Pte. García Gómez); 29 de mayo de 1961 (Pte. Quintano), que afirma que el deber de previsión no alcanza a los comportamientos imprudentes ajenos; 26 de mayo de 1964 (Pte. García Gómez), que considera que no existe delito imprudente porque la conducta de la víctima no se podía prever; 27 de enero de 1965 (Pte. Quintano), que considera que no se puede exigir responsabilidad por conductas imprudentes ajenas; 9 de junio de 1969 (Pte. Sáez); 15 de octubre de 1969 (Pte. García Tenorio); 27 de octubre de 1969 (Pte. Escudero); 5 de febrero de 1973 (Pte. Escudero); 23 de enero de 1976 (Pte. Escudero); 31 de enero de 1976 (Pte. Escudero); 6 de junio de 1977 (Pte. Vivas); 16 de junio de 1977 (Pte. Díaz Palos), que considera que se da « un accidente extraño »; 6 de octubre de 1978 (Pte. Huerta); 10 de abril de 1979 (Pte. Castro); 30 de abril de 1979 (Pte. Gómez de Liaño); 20 de junio de 1979 (Pte. Vivas); 13 de junio de 1980 (Pte. Latour); 28 de enero de 1981 (Pte. Cotta); 20 de marzo de 1985 (Pte. Hijas), que considera imprevisible la rotura de ballestas de un autocar al que se le bloquea la dirección; 10 de mayo de 1985 (Pte. Soto); 6 de abril de

un injusto puramente causal. Era evidente que la teoría de la equivalencia de las distintas condiciones que contribuyen a la producción del resultado convertía a los injustos penales en la regla y no en la excepción. La « previsibilidad objetiva » y el juicio de adecuación (grado de tendencia lesiva de la conducta o probabilidad) cumplen una función coincidente¹⁶⁹. La « previsibilidad objetiva » supuso el *topos* en el que durante mucho tiempo se analizaron, tanto en el delito imprudente como en el doloso, razones normativas y teleológicas para excluir la imputación de producciones de resultados¹⁷⁰. Limitó, pues,

1993 (Pte. Moner); 13 de octubre de 1993 (Pte. Moner).

También se ha utilizado el *topos* de a « previsibilidad objetiva » en el delito doloso como criterio de imputación de resultados: S. T. S. de 8 de julio de 1933. En esta sentencia se puede observar claramente como el problema de fondo es la concurrencia de varios riesgos, que no tienen todos su origen en el autor. Se afirma que « la lesión sufrida en la cabeza por M. M. G. no fue la causa originaria y productora de su muerte, ocurrida a los tres días de serle inferida aquélla, siendo debida [...] a una pulmonía hipostática que se le presentó, favorecida en su producción por la edad del mismo y una bronquitis crónica que venía padeciendo ». En realidad, se demuestra que la muerte no tiene nada que ver con la lesión en la cabeza producida delictivamente, sino que es consecuencia de un riesgo natural (enfermedad).

En esta relación jurisprudencial se han seleccionado sólo resoluciones en las que la « previsibilidad objetiva » se utiliza como instrumento de imputación de resultados. El T. S. utiliza el término previsibilidad también, por ejemplo, para exigir que el riesgo sea previsible para el autor. El *topos* de la « previsibilidad objetiva » le sirve al T. S. para resolver diversos tipos de problemáticas relacionadas con el tipo. No siempre la « previsibilidad objetiva » es utilizada de la misma manera.

¹⁶⁹ ARROYO, Seguridad en el Trabajo, p. 191; BOCKELMANN/VOLK, PG, pp. 64 s., 157; BURGSTALLER, WK, 6/62; CEREZO, PG, pp. 304 ss., 422; CORCOY, El delito imprudente, p. 227; GIMBERNAT, Causalidad, pp. 46, nota 113, 49, 56, incluida nota 169 y passim; el mismo, ADP 62, pp. 554, nota 41, 574 ss., con abundantes referencias; GÓMEZ BENITEZ, PG, p. 186; JORGE BARREIRO, Imprudencia, p. 66; LARRAURI, ADP 88, p. 745; LUZON PEÑA, EJB, p. 3466; el mismo, PG, p. 367; MAIHOFFER, ZStW 70, pp. 164, 187 s.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 98, con matices; MIR PUIG, PG, p. 243; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 86 s.; PUPPE, NK, antes de 13/232; TORIO, ADP 86, p. 38; TRIFFTERER, Bockelmann-FS, p. 213, con más referencias; WEHRLE, Regressverbot, pp. 21, 42. Evidente en la doctrina del T. S.: SS. T. S. de 5 de febrero de 1973 (Pte. Escudero) y 20 de junio de 1979 (Pte. Vivas), entre otras.

¹⁷⁰ Sobre este *topos*, BOCKELMANN/VOLK, PG, pp. 64 s., 157; CEREZO, ADP 83, p. 479, con extensas citas: « El cuidado objetivamente debido exige, en primer lugar, tener en cuenta todas las consecuencias objetivamente previsibles de la acción. Sólo cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible (causalidad adecuada) será posible apreciar una inobservancia del cuidado objetivamente debido »; el mismo, PG, pp. 304 ss., 422; CORCOY, El delito imprudente, p. 227; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, p. 152; ENGISCH, Untersuchungen, pp. 377 ss.; el mismo, Kausalität, pp. 41 ss.; HERZBERG, Verantwortung, pp. 163 ss.; KUHLEN, Produkthaftung, pp. 93 ss., que equipara previsibilidad del resultado con ponderación de intereses, evidenciando el sustrato que siempre ha estado presente en el *topos*: lo decisivo no es lo que se puede prever, sino lo que se tiene el deber de prever; LARRAURI, ADP 88, p. 745, que considera que « este criterio constitutivo de la imprudencia es, asimismo, válido para los delitos dolosos »; MAIHOFFER, ZStW 70, pp. 182 ss., en especial 187 ss.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 118: « La previsibilidad objetiva, tal y como la entiende la teoría de la adecuación, constituye un requisito para el injusto penal, tanto de los delitos dolosos como de los imprudentes »; TRIFFTERER, Bockelmann-FS, p. 207 y passim, refiriéndose tanto al injusto doloso como al imprudente y defendiendo extensamente la tesis de que la « previsibilidad objetiva » es un elemento general de todo tipo de resultado y que no sirve para caracterizar simplemente los supuestos de imprudencia, idea que supone el principio de su desarrollo de una teoría de la « imputación objetiva » común para el tipo doloso y el tipo imprudente; WOLTER, GA 77, passim; el mismo, Zurechnung, pp. 72 ss., 75 ss., 337, 356 y passim; el mismo, GA-FS, p. 310: « la previsibilidad objetiva no es más que una consecuencia o uno de los muchos presupuestos de la infracción del cuidado ».

También ha cumplido dicha función en el delito doloso (LARRAURI, MTNEZ. ESCAMILLA, TRIFFTERER). En Austria la jurisprudencia utiliza también la « previsibilidad objetiva » como criterio de imputación del resultado en el delito doloso (cfr. TRIFFTERER, Klug-FS, pp. 431 ss.). La literatura

la mera responsabilidad por la causación de un resultado¹⁷¹. Aunque en el ámbito de las ciencias naturales toda condición es relevante para explicar un fenómeno, en el Derecho penal no toda condición es relevante para valorar un resultado como típico. La « teoría de la adecuación » comenzó a divisar la raíz del problema. Causalidad e imputación de un tipo de homicidio o lesiones no son una misma cosa, sino dos planos diferentes: el primero descriptivo y el segundo valorativo¹⁷². Esta afirmación en la primera mitad del

austriaca, desarrollando esta idea, ha completado la « previsibilidad objetiva » con otros criterios de imputación del resultado que se utilizan en el ámbito del delito imprudente (cfr. TRIFFTERER, Klug-FS, pp. 438 ss., con más referencias). La « previsibilidad objetiva » ha desempeñado desde las aportaciones de WELZEL una función distinta en el delito imprudente y en el delito doloso. Mientras en el primero es un elemento de determinación del deber objetivo de cuidado y, además, sirve para imputar resultados, en el doloso se utiliza de criterio en ciertos supuestos (desviación del curso causal, *aberratio ictus*, etc.) para decidir si hay un delito doloso consumado o un delito doloso frustrado en concurso con otro delito imprudente (cfr. SILVA, ADP 84, pp. 360 ss.). Una recopilación de los autores que utilizan la « previsibilidad objetiva » también en el delito doloso en MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 107, nota 135.

¹⁷¹ COBO/VIVES, PG, p. 317.

¹⁷² LARENZ, Hegels Zurechnungslehre, p. 84; H. MAYER, PG, p. 137; WEHRLE, Regressverbot, p. 21. Desde un punto de vista de fundamentos, aunque no ofertaran propuestas prácticas, son importantísimas las contribuciones de LARENZ en su estudio sobre la imputación en HEGEL (en especial, pp. 60 ss.) y en el ámbito de la dogmática jurídico-penal el artículo de HONIG en el Frank-FG. Estos autores no niegan que para imputar un hecho a un autor tiene que existir una conexión causal, pero además se tienen que cumplir otros requisitos derivados de consideraciones normativas. LARENZ fundamentó iusfolosóficamente la idea de que la causalidad como tal no es una razón suficiente para fundamentar responsabilidad (NJW 55, p. 1011). LARENZ, a partir de la teoría de la imputación de HEGEL, considera preciso diferenciar entre dos momentos que no tienen una clara diferenciación ni en la obra del propio HEGEL ni en la escuela penal hegeliana del S. XIX: la imputación objetiva y la imputación subjetiva, que se correspondería con la tradicional división entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* o entre imputación al tipo o al hecho e imputación a la culpabilidad. Con LARENZ el término « imputación objetiva » cobra entidad dogmática dentro de la teoría general de la imputación jurídica. Este autor considera que la « imputación objetiva » parte de la idea de determinar qué acciones y qué consecuencias de estas acciones pueden ser imputadas a una persona, es decir, cuáles son las acciones y resultados de las que debe responder una persona. La « imputación objetiva » como imputación del hecho es concebida por LARENZ como presupuesto mínimo de toda imputación. El concepto de LARENZ de la « imputación objetiva » tiene como finalidad criticar a la dogmática mecanicista y causal. Este prestigioso civilista le critica a la « teoría de la equivalencia de condiciones » en el ámbito jurídico que no oferta ninguna respuesta a la cuestión de cuál es un actuar humano del que objetivamente ha de responderse. La teoría criticada sólo aclara una cuestión: cuándo una persona ha operado como factor causal. De tal manera que se corre el peligro de equiparar « imputación objetiva » con causalidad, con lo cual la responsabilidad carece de límites. De esta manera LARENZ (NJW 55, p. 1011 y Hegels Zurechnungslehre, p. 62, nota 3) se acerca a los postulados de la teoría mayoritaria en esos tiempos tanto en la doctrina civil como penal de la adecuación. Su concepto de « dominabilidad objetiva », desprovista de consideraciones subjetivas, está muy cercana al concepto de « previsibilidad objetiva » (cfr. JAKOBS, Studien, pp. 53 ss.; NAUCKE, ZStW 76, p. 428, nota 71). Sin embargo, LARENZ, NJW 55, p. 1009, considera que su « teoría de la imputación objetiva de las consecuencias del hecho » tiene diferencias con la « teoría de la causalidad adecuada » como una teoría de la relación causal jurídicamente relevante. LARENZ, NJW 55, p. 1011 utilizó, por ejemplo, su « teoría de la imputación objetiva » conforme a la cual sólo se pueden imputar acciones dominables por la voluntad para defender la « teoría de la prohibición de regreso » frente a la « teoría de la interrupción del nexo causal ». La posición de LARENZ en este tema fue utilizada en el ámbito del Derecho penal por NAUCKE, ZStW 76, pp. 426 ss.

Sin embargo, antes que NAUCKE HONIG, Frank-FG, había utilizado de forma general la idea de LARENZ partiendo de la premisa de que el tipo supone el fundamento de la imputación (p. 195) y de que sólo se puede tener en cuenta como fundamento de la imputación un suceso dominable (pp. 182 ss., 186 ss.) y no la simple causalidad. Por ello considera que las producciones extraordinarias, casuales o

siglo no era tan evidente como puede serlo en la actualidad, donde la idea ya ha calado, al menos como declaración de principios, en nuestra Jurisprudencia más moderna. Para constatar la existencia de un injusto penal se desarrolló la idea de que no era suficiente con que se pudiera prever el resultado típico, sino sobre todo era preciso determinar qué riesgos de debían evitar debido a su lesividad. Partiendo de la teoría de las normas desarrollada por BINDING¹⁷³, los partidarios de la teoría de la adecuación (especialmente ENGISCH que ha protagonizado una contribución decisiva¹⁷⁴) se fueron dando cuenta progresivamente de que en los tipos de resultado había que deslindar un momento *ex ante*

indominables de resultados no se encuentran comprendidas por el tipo penal. Pero sus pretensiones son distintas a las de HEGEL y entrocán con la práctica penal. Mientras LARENZ, de acuerdo con HEGEL, se preocupaba principalmente de la imputación de conductas, HONIG tenía su centro de interés en la imputación de resultados. Así afirma HONIG (pp. 182 s.) que el resultado supone el interés central en el ámbito jurídico y que en la práctica el resultado determina el inicio de la valoración jurídica. Por ello su preocupación se basó en encontrar filtros normativos a la imputación de resultados. Para HONIG la relación entre acción y resultado no es sólo una cuestión de la relación de causalidad, sino que además ha de tratar la trascendencia de la relación causal para el ordenamiento jurídico, de acuerdo con las medidas que son ofrecidas por el propio ordenamiento (pp. 179 s.). De acuerdo con los fines propios del Derecho penal, HONIG entiende que en ese requisito de la dominabilidad hay que tener en cuenta datos psicofísicos del autor. HONIG evidencia que las denominadas teorías de la causalidad son en realidad teorías de valoración jurídica sobre si existe la necesaria relación típica entre acción y resultado (p. 178). Cfr. MAIWALD, Miyazawa-FS, pp. 465, 470 ss.

El hegeliano H. MAYER, PG, pp. 131 ss., también defiende una « teoría de la imputación objetiva » en una línea muy similar a la de LARENZ (cfr. LARENZ, NJW 55, p. 1011), al utilizar las mismas fuentes: los conceptos de acción e imputación de HEGEL y los hegelianos. Incluso en su coincidencia con la « teoría de la causalidad adecuada », al considerar que la posibilidad de dominar el suceso mediante la voluntad equivalía a que el resultado no fuera improbable. Con dicha « teoría de la imputación objetiva » critica el « dogma causal » y la denominada « relación de causalidad » convertida en el problema central de la teoría del tipo. Para MAYER « relación de imputación es relación de la acción. Imputamos un resultado a la voluntad como causante cuando un hombre medio en la situación del autor tiene la posibilidad de dominar el curso de los acontecimientos con su voluntad ».

Sin embargo, es preciso aclarar que no tienen nada que ver esta « imputación objetiva » con la visión de la « imputación objetiva » mayoritaria en la literatura actual (cfr. MAIWALD, Miyazawa-FS, p. 475). Estos autores se pueden entender, a lo sumo, como precursores. Para ellos lo importante para imputar a alguien un hecho como suyo no era la « previsibilidad objetiva del resultado », sino la posibilidad de dominar el suceso. En esa base filosófica encuentra un punto de anclaje el posterior « principio del riesgo » de ROXIN que trataré ampliamente infra IX. Lo decisivo no es la « previsibilidad objetiva del riesgo típico », sino el dominio del riesgo que produce ese resultado.

¹⁷³ Este autor ha inspirado tanto a los partidarios de una determinación más subjetiva del injusto como ARM. KAUFMANN, como a los partidarios de una determinación más objetiva como ENGISCH.

¹⁷⁴ Untersuchungen, pp. 341 ss. Vid. supra III.B.

Entre v. KRIES y ENGISCH la « teoría de la causación adecuada » fue extensamente desarrollada por TRAEGER en su *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht* (cfr. LARENZ, NJW 55, p. 1009), que le dio prácticamente su formulación final. En el texto me preocupo especialmente de ENGISCH porque lo que aquí interesa es la relación de la idea de la conducta como una causación idónea o adecuada del resultado con la dogmática de la imprudencia. ENGISCH construye una teoría del tipo a partir de la idea de la adecuación. Además, con su concepción del tipo de injusto añadió dos cuestiones que cumplieron la tradicional « teoría de la adecuación »:

a) La perspectiva *ex ante* implica que no se puede imputar a una persona un resultado que le fuera completamente imposible evitar.

b) Resaltó la importancia no sólo de la creación del peligro, sino también de la realización del peligro, aunque en algún momento de su obra calificara el resultado como una condición de punibilidad.

del momento *ex post* que había sido siempre y de forma exclusiva tenido en cuenta¹⁷⁵. El método propuesto consistía en la utilización de un pronóstico posterior objetivo conforme a un observador imparcial en la situación anterior a la comisión del hecho (juicio *ex ante*), para separar la causación penalmente relevante de la no relevante¹⁷⁶. De esta manera la « teoría de la adecuación » consiguió que los límites a un exceso de responsabilidad penal, que antes se buscaban en el marco de la culpabilidad¹⁷⁷, encontraran un lugar de tratamiento que hoy representa uno de los grandes acuerdos doctrinales: el tipo de injusto. En este marco se han desarrollado contribuciones especialmente importantes: el desarrollo de la « teoría de la adecuación », sobre todo por parte de ENGISCH, la « teoría de la relevancia » y la « teoría de la imputación objetiva » tal y como es entendida hoy en día por la doctrina mayoritaria. Especialmente la primera y la tercera han cobrado una gran relevancia en el ámbito del delito imprudente. La doctrina alemana, capitaneada por ENGISCH, llegó a la correcta conclusión de que carecía de sentido una norma que simplemente prohibiera lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos. Era preciso al menos que dichas lesiones o puestas en peligro fueran previsibles para el ser humano en la situación enjuiciada. Por tanto, sólo se encontraban prohibidas, según este sector doctrinal, las conductas que encerraban una tendencia lesiva desde un punto de vista *ex ante*¹⁷⁸. Así se pretendía asentar una idea que ya no ofrece hoy en día discusión alguna: si algo no se encuentra prohibido antes de actuar, no pasa a estarlo posteriormente simplemente porque dé lugar a la aparición de un resultado. El tipo de injusto dejaba de

¹⁷⁵ Cfr. GIMBERNAT, Causalidad, p. 70; KUHLEN, Produkthaftung, pp. 97 s.; SCHÜNEMANN, JA 75, pp. 438 s.; TORIO, ADP 86, pp. 37 s.; S. T. S. de 30 de mayo de 1988 (Pte. Bacigalupo). Una formulación moderna de la cuestión en MIR PUIG, PG, pp. 143 s.

¹⁷⁶ Cfr. CEREZO, PG, pp. 304 s.; COBO/VIVES, PG, p. 317; ROMERO, CPC 83, pp. 160 s.; LARRAURI, ADP 88, p. 726; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 81; MIR PUIG, PG, pp. 243 s.; ROXIN, PG, 11/32. La S. T. S. de 30 de mayo de 1988 (Pte. Bacigalupo) afirma que la « teoría de la causalidad adecuada » « requiere formular un pronóstico objetivo del resultado en el momento de la realización de la acción ».

¹⁷⁷ S. T. S. de 6 de abril de 1994 (Pte. Moner).

¹⁷⁸ La S. T. S. de 20 de mayo de 1981 (Pte. Moyna) estableció que en las resoluciones del T. S. ha predominado « la doctrina de la equivalencia que concede el valor de causa a todas las condiciones necesarias para la producción de un resultado, pero como este criterio provoca una ampliación insatisfactoria de la esfera de la responsabilidad criminal se ha sentido la necesidad de acotar y restringir el campo del nexo causal antes de llegar al plano de la culpabilidad, utilizando a estos fines la doctrina de la causa adecuada o eficiente que contempla el problema desde el punto de vista de la acción, o refiriéndose a las consecuencias naturales, lógicas o racionales que lo consideran desde la vertiente del resultado, pudiendo afirmarse como síntesis de lo expuesto, que quien ha puesto una condición « sine qua non » del resultado ha causado el resultado, pero para que éste pueda serle « objetivamente » atribuido es necesario, además, que tal condición sea adecuada, eficiente o apropiada, conforme a las reglas de la experiencia, para producir el resultado típico, que, por ende, ha de aparecer como consecuencia natural, lógica o racional de la acción ». Esta sentencia confunde la « teoría de la causalidad adecuada » con la « teoría de la causalidad eficiente » de KOHLER. Hay que insistir en que la primera asumía la « teoría de la *conditio sine qua non* », toda condición es causa del resultado, mientras que la segunda no y pretendía encontrar criterios para delimitar las meras condiciones de las causas. Por ello no es asumible la equivalencia que hace esta sentencia ni, en general, la equivalencia que ha llevado a cabo el T. S.

ser un tipo de injusto puramente causalista para empezar a ser un juicio sobre los riesgos que se debían planificar en la vida social.

2. ¿Cómo se determinaba según la « teoría de la adecuación » la medida de peligro relevante ? O, en otras palabras, ¿ Desde qué perspectiva se realizaba ese juicio de peligro ? ¿ Medida objetiva o subjetiva¹⁷⁹ ? MTNEZ. ESCAMILLA¹⁸⁰ ha resaltado recientemente como la concreción de la formación de las bases del juicio de adecuación es uno de los problemas fundamentales de la « teoría de la adecuación ». En mi opinión, sigue siendo una de las cuestiones centrales para el desarrollo de una teoría moderna del injusto penal. Por ejemplo, como veremos al tratar la « teoría de la imputación objetiva » en sus diversas variantes, la problemática de los « conocimientos especiales » condiciona el desarrollo actual de la « teoría de la imputación objetiva ». Entre una teoría absolutamente objetiva (*ex post*), una teoría subjetiva (*ex ante*) y una teoría mixta del juicio de peligro la doctrina mayoritaria ha optado por una posición mixta subjetivo-objetiva. Se utiliza una mezcla de perspectivas (juicio objetivo de adecuación subjetivado) por indudables razones prácticas sin que la doctrina haya fundamentado materialmente desde un punto de vista de la teoría de las normas penales la razón de ser de esta mezcla, especialmente si es cierto que sólo se pueden desvalorar conductas que encierran una tendencia lesiva desde un punto de vista *ex ante*¹⁸¹. No es extraño que se le haya reprochado a la « teoría de la adecuación » el haberse convertido en una amalgama confusa de conocimientos y capacidades subjetivas y conocimientos ideales¹⁸². Pero la subjetivización del juicio de adecuación que se debe primordialmente a las contribuciones de TRAEGER buscaba evitar ciertas consecuencias inadmisibles a las que, de lo contrario, tenía que llegar la doctrina¹⁸³. Esta individualización parcial que realiza la doctrina mayoritaria es fruto del

179 Sobre este problema, desde una perspectiva moderna, FRISCH, Vorsatz, pp. 128 ss.

MENDEZ, Delitos de peligro, pp. 61 s., señala como « la teoría de la causalidad adecuada y la teoría sobre el concepto de peligro y la formación del juicio de peligrosidad, han discurrido siempre por caminos paralelos. Este paralelismo se observa en la discusión sobre la formación de las bases del juicio de adecuación o sobre la conveniencia de incluir todos o parte de los conocimientos nomológicos y ontológicos que es reproducida, sistemáticamente, en el campo de la formación de las bases y los parámetros del juicio de peligro. Este paralelismo es debido a la utilización del juicio de probabilidad en la causalidad adecuada y al hecho de que, en consecuencia, esta teoría niegue la causalidad de las acciones que *ex ante* no son peligrosas respecto del resultado lesivo ».

180 Imputación, p. 79 y Aproximación, p. 89.

181 Critican este método: CORCOY, El delito imprudente, p. 143; JAKOBS, Studien, pp. 55 s.; el mismo, PG, 7/nota 89 a; QUINTERO, PG, p. 301; REYES, Imputación, p. 26; STRUENSEE, JZ 87, pp. 53 s., 58 ss., 541, con abundantes referencias; WOLTER, GA 77, p. 269, nota 116, pone en evidencia como la individualización del juicio objetivo de adecuación no es sistemáticamente consecuente; ZUGALDIA, ADP 84, p. 329.

182 JAKOBS, PG, 7/32.

183 GIMBERNAT, Causalidad, pp. 36 ss. expone las razones de la evolución de la « teoría de la

reconocimiento de la insatisfacción desde un punto de vista político criminal de las consecuencias a las que lleva la idea de tener en cuenta como objeto de la imputación una persona abstracta¹⁸⁴. La doctrina mayoritaria determina el deber objetivo de cuidado con este método propuesto por la « teoría de la adecuación » al final de su construcción dogmática: colocar mentalmente un « espectador objetivo » u « observador imparcial » en

 adecuación ». En p. 40 y ADP 62, p. 560, nota 60 desarrolla estas razones al replicar a OEHLER, Zweckmoment, p. 71 y Eb. Schmidt-FS, pp. 234 s., 246 su crítica de que la « previsibilidad objetiva » tenía como consecuencia « la existencia de un grupo de personas privilegiadas penalmente » (p. 235), renunciándose excesivamente a la protección de bienes jurídicos: « Los ataques que se dirigen frecuentemente al pensamiento de la adecuación, afirmando que el tomar como medida de la previsibilidad al hombre prudente, conduce a soluciones inadmisibles, en el caso de que la previsibilidad del autor concreto -por su conocimiento casual de circunstancias o por disponer de una inteligencia superior que le permite descubrir leyes de la naturaleza, que todavía no se conocen- es superior a la del hombre prudente, no pueden convencer. Esta objeción atribuye a la teoría que se intenta rebatir, una concepción que nadie defiende. Desde Traeger (1904) se forma el juicio de adecuación, teniendo en cuenta la previsibilidad del hombre prudente y, además -cuando la del agente exceda esta medida-, también la de éste »; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 82: « Con la introducción de los conocimientos del autor en el juicio de adecuación se pretendía evitar los resultados insatisfactorios a los que se llegaba cuando, en consideración a las circunstancias reconocibles por el observador objetivo en el momento de la acción, no podía predecirse el resultado como consecuencia probable de la misma, pero sí si se tenían en cuenta los datos conocidos por el sujeto actuante. Así, en el caso de que una persona hiera levemente a otra, que muere por ser hemofílico, habría que negar la adecuación de su comportamiento si al observador objetivo le era imposible reconocer ex ante la enfermedad de la víctima y con ello prever el resultado letal. Pero, ¿ Y si el autor la conocía ? Si en el juicio de adecuación no se tuviese en cuenta el saber especial del sujeto actuante tendríamos que afirmar en este supuesto la atipicidad de su comportamiento por la falta de peligrosidad de la conducta, lo que a todas luces es injusto. Con esta introducción de los conocimientos del autor en el juicio de adecuación se superaba la concepción objetiva de THON (concepción objetiva ex ante) y la concepción objetiva ex post propuesta por RÜMELIN, ambas sobre las bases del juicio »; REYES, Imputación, p. 26.

¹⁸⁴ En este punto han fijado sus críticas las teorías que defienden un deber subjetivo de cuidado en el injusto. Vid. por todos, STRATENWERTH, PG, nº marg. 1098. En la década de los 70 JAKOBS (Studien, pp. 41 ss., 64 ss., suplemento a ZStW 74, pp. 20 ss. y PG, 9/5 ss.) y STRATENWERTH (PG, nº marg. 1096 ss. y Jescheck-FS, passim) encendieron la polémica sobre este tema al proponer que se suprimiera el límite objetivo del juicio de adecuación. Estos autores se cuestionaron porqué el conocimiento del autor siempre opera en su contra pero nunca a su favor (vid. también CEREZO, PG, p. 418, nota 82, que rechaza la posición de estos dos autores, pero asume sus críticas a la doctrina mayoritaria; SAMSON, SK, anexo a 16/14 b). Las propuestas de JAKOBS y STRATENWERTH no se parecen entre sí y obedecen a enfoques distintos (cfr. el prólogo a los Studien de JAKOBS). STRATENWERTH estableció un paralelismo entre los delitos imprudentes y los delitos de omisión, donde la realización del tipo ha dependido siempre de los conocimientos y capacidades del autor. JAKOBS, por el contrario, inició un camino decisivo al separar los dos problemas que se encontraban entremezclados en la posición de la doctrina mayoritaria: el tipo objetivo y el tipo subjetivo del delito imprudente. Así, trató inicialmente el tipo objetivo bajo la denominación de « peligro-modelo ». El dolo era el conocimiento de este peligro modelo y la imprudencia era la « cognoscibilidad » del mismo (en JAKOBS, posibilidad de conocerlo). La cuestión de los « conocimientos especiales » del autor se remitía, así, al tipo subjetivo tanto en el delito doloso como en el delito imprudente. Esta posición de JAKOBS ha sufrido un intenso desarrollo posterior en el ámbito del tipo objetivo. Esta evolución sufrió un empujón definitivo en su artículo de 1979 sobre la « prohibición de regreso » en los delitos de resultado (ZStW 89, pp. 1 ss.). JAKOBS ha desarrollado paulatinamente, alejándose de sus posiciones originales, una teoría del tipo en la que lo decisivo para la determinación del ámbito típico es su aspecto objetivo (la idea del rol social ha ido cobrando cada vez más relevancia en la obra de este autor). Lo que el autor conoce o deja de conocer ha ido perdiendo relevancia en su evolución doctrinal marcada por una continua objetivación del tipo. También hay que destacar las importantes aportaciones de STRATENWERTH con respecto a los « límites normativos » del tipo imprudente (PG, nº marg. 1097), especialmente en el ámbito del principio de confianza.

la situación del autor, sin sus carencias cognitivas de reglas de la experiencia generales y dotado, además, con todos los « conocimientos especiales » de que disponga el autor concreto¹⁸⁵. En la medida que el autor conociera más de lo que podría conocer un « espectador objetivo » esos conocimientos debían ser tenidos en consideración. La « previsibilidad objetiva » perdía así parte de su « objetividad » original¹⁸⁶: en la medida del juicio de peligro se tenían sólo en cuenta criterios objetivos para el límite mínimo de responsabilidad, mientras se tenían en cuenta datos absolutamente subjetivos para ampliarla sin límites.

185 Se trata de una posición absolutamente mayoritaria: BOCKELMANN/VOLK, PG, p. 66; BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 38, 64 ss., con más referencias, individualiza únicamente los conocimientos ontológicos; el mismo, WK, 6/36, en el mismo sentido; CEREZO, ADP 83, p. 474; el mismo, PG, p. 354; COBO/VIVES, PG, p. 322; CORCOY, *El delito imprudente*, pp. 200 ss.; CRAMER, *Schönke/Schröder*, 15/118 s., 121, 138 ss.; DONATSCH, *Sorgfaltsbemessung*, pp. 143, 234 ss.; ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 81, 284, 365 y *passim*; el mismo, *Kausalität*, pp. 56 s. (nota 1: « El hombre racional es entendido aquí como el autor libre de aquellos defectos que obstruyen su capacidad de conocimiento de alguna manera »); el mismo, DJT-FS, p. 429; ESCRIVA, *Puesta en peligro*, pp. 85 ss., con abundantes referencias; P. FRISCH, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 89, 96; HERZBERG, *Jura* 84, p. 406, con más referencias; el mismo, *Verantwortung*, p. 170; HUERTA, *Contenido*, pp. 44 s., nota 65; JESCHECK, PG, 55 I 2 b), individualiza únicamente los conocimientos ontológicos; JORGE BARREIRO, *Imprudencia*, p. 43; KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, pp. 412 s., nota 40; KUHLEN, *Produkthaftung*, pp. 85 s.; LUZON, EJB, p. 3466; H. MAYER, PG, p. 134; MIR PUIG, *Función*, p. 65; el mismo, ADP 83, pp. 12 s., defiende esta perspectiva para toda modalidad delictiva; el mismo, ADP 88, p. 671; el mismo, PG, pp. 143 ss., 297; el mismo, *Derecho penal*, pp. 234 s., 237 ss.; MTNEZ. ESCAMILLA, *Aproximación*, p. 89; OEHLER, *Eb. Schmidt-FS*, pp. 236 s., 245 ss.; PUPPE, NK, antes de 13/145; RENGIER, *KK-OWIG*, 10/18; RGUEZ. MOURULLO, PG, p. 297, incluida nota 11; ROMEO, *El médico*, pp. 91 ss., con una interesante aplicación práctica de los criterios generales al ámbito de la medicina; ROXIN, PG, 11/46, con respecto al delito doloso y 24/50 ss., con respecto al delito imprudente: « Hay que generalizar hacia « abajo », individualizar hacia « arriba » », defendiendo este autor una « ilimitada individualización hacia arriba »; SCHÜNEMANN, *Schaffstein-FS*, p. 166, con más referencias; SILVA, ADP 84, pp. 366 s.; el mismo, *Aproximación*, p. 388, 400 se adhiere a la postura de su maestro MIR y defiende también esta perspectiva para toda modalidad delictiva; TORIO, ADP 86, pp. 37 s., para toda modalidad delictiva; WELZEL, PG, pp. 46, 132; el mismo, *Abhandlungen*, p. 326; WESSELS, PG, 15 II 3 b; WOLTER, GA 77, pp. 259, 269, 272, 274, con más referencias; el mismo, *Zurechnung*, pp. 76, nota 36, 237.

En cuanto a la Jurisprudencia de nuestro país, el T. S. no sólo ha tenido en cuenta en muchas ocasiones la especial capacitación del autor para no excluir sus posibilidades de conocimiento (p. ej., el T. S. suele acudir a la especial capacitación profesional de los encargados de la seguridad e higiene en el trabajo), sino que en alguna sentencia como la de 11 de marzo de 1970 (Pte. García Tenorio) o la de 26 de febrero de 1981 (Pte. Cotta) los especiales conocimientos del autor sobre algún aspecto del hecho han contribuido a fundamentar la tipicidad de la conducta.

STRATENWERTH, *Jescheck-FS*, p. 300, nota 54, señala con varios ejemplos como la jurisprudencia suiza ha tenido en cuenta para determinar el cuidado necesario en el tráfico conocimientos, capacidades o experiencias especiales del autor.

186 No es de extrañar que en los albores de la « teoría de la adecuación » la utilización de los « conocimientos especiales » del autor para el juicio de riesgo sirvieran como argumento para criticar esta teoría por invadir la esfera de la culpabilidad y dar lugar a una confusión entre injusto (lo objetivo) y la culpabilidad (lo subjetivo). Esta crítica se puede encontrar en la actualidad en COBO/VIVES, PG, pp. 318, 322. Esta objeción ha sido implacablemente rebatida por ENGISCH, DJT-FS, pp. 430 ss. y pertenece a una distinción dogmática entre injusto y culpabilidad ya superada. El problema del desarrollo de estos « conocimientos especiales » como un problema relativo a « la formación de las bases del juicio » ha sido tratado con profundidad por GIMBERNAT, *Causalidad*, pp. 30 ss.

3. La « teoría de la adecuación » es una teoría del tipo que se encuentra a caballo entre el pensamiento naturalístico y el normativo. Y ese lastre naturalístico le hace caer en defectos que han motivado su superación. Esta teoría pretendió delimitar los riesgos típicos de los atípicos, pero se equivocó al utilizar criterios empíricos y avalorativos como el de la probabilidad¹⁸⁷. Los riesgos cobran o no relevancia para los tipos de resultado en función de criterios normativos, no por la mayor o menor probabilidad de lesión que encierren. Además, desde un punto de vista práctico, la doctrina se ha dado cuenta de que no es suficiente para la imputación de un resultado afirmar que éste no « se encuentra completamente fuera del marco de la experiencia habitual »¹⁸⁸ o de las reglas generales de la vida o que no es improbable o que de acuerdo a la experiencia de la vida ese tipo de conducta no es apropiada para la producción de un resultado¹⁸⁹. Esto es así ya que puede considerarse que todo es previsible y, por ello, la previsibilidad sin más no puede fundamentar nada¹⁹⁰. La doctrina se ha visto obligada a buscar nuevos filtros, ya que la

187 CORCOY, El delito imprudente, pp. 412, 446; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, pp. 261 ss.; TORIO, ADP 86, p. 38; WEHRLE, Regressverbot, p. 41, con más referencias.

En tiempos recientes este defecto se puede apreciar en HILGENDORF, Jura 95, pp. 521 s.

188 BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 76; ENGISCH, Kausalität, pp. 42 ss.; v. HIPPEL, VDAT III, p. 572; el mismo, Lehrbuch, p. 145. Cfr. BACIGALUPO, PG, p. 119.

189 Un resumen de las distintas formulaciones en SCHÜNEMANN, JA 75, p. 581. En la Jurisprudencia también se pueden encontrar formulaciones de lo más variado (p. ej., S. T. S. de 10 de noviembre de 1978 -Pte. Hijos-).

190 FRISCH, Vorsatz, p. 141; HERZBERG, Verantwortung, p. 164; KUHLEN, Produkthaftung, p. 93; LARENZ, Honig-FS, p. 81, desde la perspectiva del Derecho civil; MUÑOZ CONDE, NPP 73, p. 410; ROXIN, Política criminal, p. 52; REYES, Imputación, pp. 273, 275 ss.; RUDOLPHI, Maurach-FS, pp. 64 s.; TOEPEL, Kausalität, p. 206; WOLTER, Zurechnung, p. 32. Esta extrema flexibilidad del concepto de previsibilidad fue puesta en evidencia por ENGISCH, Kausalität, pp. 78 s., ante la práctica de la jurisprudencia alemana de principios de siglo.

Por ejemplo, en los supuestos de causaciones de lesiones permanentes (la víctima pierde una pierna) siempre es previsible que la discapacidad de la víctima dé lugar a una nueva lesión. El T. S. alemán ha ofrecido ejemplos prácticos de lo que se afirma en el texto. Por ejemplo, consideró previsible un fallo del material de un automóvil durante un adelantamiento indebido sin ningún motivo para sospechar que el automóvil tuviera algún defecto (BGHSt 12, 79 sobre la que han llovido las críticas: BINDOKAT, JuS 85, pp. 32 s.; RUDOLPHI, Maurach-FS, p. 65; el mismo, SK, antes de 1/63). BOCKELMANN, Aufsätze, p. 98, critica la doctrina tradicional del T. S. alemán: « La responsabilidad por imprudencia se ha acercado prácticamente a una simple responsabilidad por el resultado mediante la manipulación del concepto de previsibilidad ». Más ejemplos de la Jurisprudencia alemana en REYES, Imputación, pp. 273 s. Una relación de lo que el T. S. alemán ha considerado previsible o imprevisible en CRAMER, Schönke/Schröder, 15/186 s. Se puede observar también en esta relación de CRAMER la arbitrariedad de la Jurisprudencia alemana, ya que lo que en unas ocasiones es considerado previsible en otras es considerado como imprevisible.

También nuestro T. S. fundamenta la tipicidad de ciertas conductas extendiendo el *topos* de la previsibilidad hasta límites más que dudosos. Por ejemplo, la S. T. S. de 28 de enero de 1981 (Pte. Cotta) consideró previsible para un padre que golpeaba a su hija por volver de madrugada a casa el que « al pretender la menor zafarse del brutal castigo que recibía, siendo ya de noche como era, perdiera el equilibrio, como era previsible, golpeándose contra el suelo, al caer hacia atrás, en su lógica huida, produciéndose las gravísimas lesiones que motivaron su muerte ». Asimismo, la « previsibilidad objetiva » no ha podido limitar la imputación de homicidios en los supuestos en los que la víctima sufría algún mal físico anterior que es lo que convierte la agresión en realmente lesiva (hemofilia, problemas óseos, etc.). Es de sobra conocida la doctrina tradicional de nuestro T. S. de acuerdo con la cual toda « condición

relevancia práctica de la « teoría de la adecuación » como filtro normativo es bastante relativa¹⁹¹. La « previsibilidad objetiva » no puede delimitar, además, entre las causaciones de muertes que son relevantes para el Derecho penal y las que sólo cobran relevancia civil a efectos indemnizatorios. La idea de la adecuación pretendía identificar los riesgos que el autor debía conocer (por eso se le denomina como punto de vista intelectual) y, por tanto, evitar. Para riesgos indudables como tirar una piedra, disparar un arma de fuego o arrojar a alguien desde una altura de 30 m. esta teoría era suficiente. *Esas conductas tenían una tendencia lesiva indudable de acuerdo con una experiencia generalizada.* Pero en una sociedad moderna, donde el delito imprudente tiene especial relevancia en ámbitos con riesgos especiales la teoría ya no sirve. Todo el mundo sabe que la construcción de una carretera puede dar lugar a muertes o lesiones. Pero ello no es suficiente para desaprobar dicha construcción. Para afirmar la existencia de un homicidio o unas lesiones típicas es preciso no sólo constatar la creación de un riesgo, sino que éste se encuentre jurídicamente desaprobado. Tradicionalmente se llegó incluso a mezclar el *topos* de la « previsibilidad objetiva » con el instituto del riesgo permitido¹⁹². La aportación de WELZEL supuso la aportación definitiva para separar en el deber objetivo de cuidado el hecho de que la norma penal no sólo prohíbe riesgos (resultado adecuado u « objetivamente previsible »), sino que prohíbe sólo cierto tipo de riesgos (no permitidos), sobre los que nada pueden decir criterios naturalísticos como su probabilidad de lesión. La necesidad de separar ambos problemas se extendió rápidamente y fue admitida por la doctrina mayoritaria.

V. El riesgo permitido¹⁹³

preexistente » a la actuación delictiva es relevante a efectos de imputación. Es decir, se presupone en contra del reo que siempre se debe conocer lo que ya existe.

¹⁹¹ BURGSTALLER, Jescheck-FS, p. 361.

¹⁹² Cfr. CORCOY, p. 227. Esta mezcla se puede apreciar, por ejemplo, en las SS. T. S. de 12 de mayo de 1964 (Pte. Espinosa) y 4 de febrero de 1980 (Pte. Castro).

¹⁹³ La doctrina siempre ha establecido un paralelismo entre deber objetivo de cuidado, riesgo permitido y adecuación social, entendiendo el riesgo permitido como parte integrante o sinónimo del cuidado necesario en el tráfico: ARROYO, Seguridad en el Trabajo, pp. 137 ss.; BACIGALUPO, PG, p. 245; BINA VINCE, Die vier Momente, pp. 69 ss., con más referencias con respecto a la doctrina alemana; BLOY, Beteiligungsform, p. 258; BOCKELMANN/VOLK, PG, p. 161; BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 39 s.; el mismo, WK, 6/37; BUSTOS, PG, p. 368; CEREZO, ADP 83, p. 486, nota 54, en contra de JESCHECK; CORCOY, El delito imprudente, pp. 294, 308; la misma, Imputación, pp. 40 ss.; CRAMER, Schönke/Schröder, 15/144 ss.; DEDES, Bockelmann-FS, p. 438; DÖLLING, GA 84, p. 81; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, pp. 57, 170 ss., con abundante bibliografía; ENGISCH, Untersuchungen, p. 282; el mismo, DJT-FS, pp. 417 s.; EXNER, Wesen, pp. 191 ss.; FIANDACA/MUSCO, PG, pp. 404 s.; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 59; FRISCH, Verhalten, pp. 31, 33 ss.; GIMBERNAT, Estudios, p. 213; GOMEZ BENITEZ, Ejercicio, pp. 205 ss.; el mismo, PG, pp. 188 s.; GÖSSEL, Bruns-FS, pp. 49 s.; el mismo, Bengl-FS, p. 32; HENKEL, Mezger-FS, p. 283; HERZBERG, Verantwortung, p. 158; el mismo, JR 86, p. 7; el mismo, JuS 86, p. 262; el mismo, JZ 87, p. 538; el mismo, NJW 87, p. 1462; el mismo, JuS 96, pp. 379 s.; JAKOBS,

 suplemento a ZStW 74, pp. 12 ss.; el mismo, PG, 7/40, 9/7, 11/30; JESCHECK, PG, 25 IV 1, 55 I 2 b; JORGE BARREIRO, Imprudencia, p. 51; KAMPS, Arbeitsteilung, p. 248; ARM. KAUFMANN, Strafrechtsdogmatik, pp. 143 s.; KINDHÄUSER, JR 85, pp. 480 ss.; el mismo, Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen, p. 345; KÖHLER, Fahrlässigkeit, p. 280; KRAUSS, ZStW 76, pp. 47 s.; KUHLEN, Produkthaftung, pp. 28 s., 93 ss.; KÜPER, Lackner-FS, pp. 271 s.; LORENZ, Maßstab, pp. 52 ss.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 135 ss.; MAURACH, PG, 43 II; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/39; MAURACH/ZIPF, PG, 17/18 s., con respecto a la adecuación social; MIR PUIG, PG, p. 297; NIESSEN, Berücksichtigung, pp. 84 ss.; NOWAKOWSKI, JZ 58, p. 337; OTTO, Maurach-FS, p. 102; el mismo, JuS 74, p. 708; PUPPE, NK antes de 13/143; QUINTERO, PG, p. 300; RENGIER, KK-OWIG, 10/18; REYES, Imputación, pp. 97 ss.; RGUEZ. MONTAÑES, Delitos de peligro, pp. 198 ss.; ROEDER, Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, p. 94; ROXIN, PG, 24/6, 14; RUDOLPHI, Maurach-FS, p. 63; SAMSON, SK, anexo a 16/16; SCHAFFSTEIN, Welzel-FS, p. 558; SCHMIDHÄUSER, Schaffstein-FS, pp. 131 ss., 149 s.; el mismo, Studienbuch, 6/107, 112, 8/78; SCHROEDER, LK, 16/159; el mismo, ZStW 91, pp. 262 s.; el mismo, JZ 89, p. 780; SCHÜNEMANN, Schaffstein-FS, p. 174; el mismo, JA 75, p. 442, 514 ss., 575 ss.; SERRANO, Teoría del delito imprudente, p. 123; STRATENWERTH, PG, nums. margs. 344, 1107; el mismo, Schw. Str. 16/20; el mismo, Schaffstein-FS, p. 191; el mismo, Jescheck-FS, pp. 287, 295, 300; TORIO, ADP 80, p. 87; TRIFFTERER, PG, pp. 144 ss.; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 24 s., 113; WEHRLE, Regressverbot, p. 47; WELZEL, Bild, p. 33; el mismo, JuS 66, p. 422; el mismo, PG, p. 132; el mismo, Abhandlungen, pp. 142, nota 38, 177, 327; WESSELS, PG, 15 II 3 a; WOLTER, GA 77, pp. 261 s., 267 ss.; ZIELINSKI, AK, 15,16/90, 99, 120. En contra de una identidad entre deber de cuidado y riesgo permitido, KAMINSKI, Der objektive Maßstab, pp. 14 ss.

En la Jurisprudencia, S. T. S. de 6 de abril de 1993 (Pte. Moner).

En la doctrina alemana, JESCHECK, PG, 36, 56 III, considera, al contrario, que el riesgo permitido es un concepto que no cumple ninguna función en el tipo porque no aporta nada a la « infracción del deber de cuidado », dejándolo relegado como principio estructural común de distintas causas de justificación para supuestos que se pueden resolver, sin ningún problema, en mi opinión, con una adecuada concepción del estado de necesidad (cuando el autor tiene que optar entre una puesta en peligro de un bien jurídico ante su pérdida inminente debido a que existe otro curso causal lesivo puesto en marcha. Por ejemplo, el guarda forestal que ante el ataque de un perro rabioso a un niño decide disparar al perro sabiendo que existe la posibilidad de que le dé al niño, o el bombero que arroja a una persona en peligro de muerte inminente por la ventana como única alternativa). Comparten expresamente la opinión de JESCHECK, BOCKELMANN/VOLK, PG, p. 106; BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 41 s.; LENCKNER, Schönte/Schröder, antes de 32/107 b, aunque sólo en parte; MAIWALD, Jescheck-FS, pp. 411 ss., 424 s.; el mismo, Schüler-Springorum-FS, pp. 487 s.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 139 ss., matizadamente; MAURACH/ZIPF, PG, 28/20 ss., con respecto al riesgo permitido; PREUSS, Untersuchungen, pp. 161 ss., 225 ss. Este último autor considera que los escasos supuestos que Jescheck deja para el riesgo permitido se pueden solucionar mediante la institución de las « actuaciones a propio riesgo ». En contra de la posición de JESCHECK, CERESO, ADP 83, pp. 486 s., nota 54. JAKOBS, PG, 7/35, nota 59 a, critica expresamente a MAIWALD debido a que su concepto de riesgo permitido peca de formal.

Diversos autores opinan que el riesgo permitido o la adecuación social no cumplen ninguna función que no cumpla la « infracción del deber objetivo de cuidado »: GEPPERT, ZStW 83, p. 995, de acuerdo con HIRSCH y KIENAPFEL; HIRSCH, LK, antes de 32/32, con abundante bibliografía; el mismo, Univ. Köln-FS, p. 421; KIENAPFEL, Das erlaubte Risiko, pp. 27 ss.; REHBERG, Risiko, pp. 123, 188, 226 ss. (en especial, 228 s.), 234 ss., aunque se trata de una postura lógica, ya que en el art. 18 del C. P. sufizo se encuentra expresamente regulada la infracción del deber de cuidado, pero no existe ninguna referencia al riesgo permitido; SERRANO, Teoría del delito imprudente, p. 152.

La doctrina civilista alemana ha destacado la innecesaria repetición de conceptos que supone la infracción del deber de cuidado, el riesgo permitido y la adecuación social (vid. a título de ejemplo, WIETHÖLTER, Rechtfertigungsgrund, p. 56 y el resumen de la situación de la doctrina civil llevado a cabo por DEUTSCH, Welzel-FS, pp. 240 ss).

En la doctrina española, CERESO, ADP 83, p. 481, nota 40, se opone a la equiparación entre cuidado objetivamente debido y adecuación social; el mismo, PG, p. 423, nota 110; CORCOY, El delito imprudente, pp. 293 ss., 308 ss., diferencia entre infracción del deber de cuidado, riesgo permitido y adecuación social, consistiendo éstos únicamente en principios reguladores para ciertos supuestos en los que se llegaría a una punición exagerada.

1.No toda acción de la que sea objetivamente previsible que se derive un resultado delictivo supone una infracción del cuidado objetivamente debido si se quiere que el Derecho posibilite los contactos sociales. En las modernas sociedades industrializadas no resulta razonable prohibir toda acción que implique una cierta probabilidad o posibilidad de lesión. De lo contrario tendría « que omitirse toda acción en la esfera social »¹⁹⁴. WELZEL completa, por ello, el criterio intelectual de la « previsibilidad objetiva » con un criterio normativo, para determinar el cuidado objetivamente debido. El deber de cuidado adquiere sus contornos definitivos no sólo mediante la posibilidad de conocer la causación del resultado, sino que precisa además una valoración normativa. A diferencia de otros autores que se ocuparon del tema, WELZEL no entremezcla el riesgo permitido con el problema de la adecuación de la causalidad, sino que lo tiene en cuenta como un segundo momento en su método de determinación del deber objetivo de cuidado¹⁹⁵. En consecuencia, « sólo infringe el deber de cuidado aquel peligro que supera la medida « normal en el tráfico » o « adecuada socialmente »¹⁹⁶. Si alguien tiene ante los ojos un riesgo permitido, no tiene que tener un especial cuidado con él. WELZEL tiene el gran mérito de afincar, a diferencia de ENGISCH, el riesgo permitido en el tipo, dejando éste de estar ubicado en la antijuridicidad, aunque el propio WELZEL dudara de su ubicación en un principio¹⁹⁷. El riesgo permitido se determina de acuerdo a una medida objetiva: la

194 WELZEL, *Abhandlungen*, pp. 326 s. Anteriormente: EXNER, *Wesen*, pp. 191 ss.; HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht I*, pp. 317 s.: « Un deber ilimitado de omitir toda acción de la que se conozca como posible que puede dar lugar a un resultado lesivo, condenaría al hombre a una absoluta inactividad, pues su actividad está acompañada de peligros »; v. HIPPEL, *VDAT III*, pp. 567 ss.

195 BINAVINCE, *Die vier Momente*, p. 72.

196 WELZEL, *Abhandlungen*, pp. 326 s.; el mismo, *PG*, p. 132. Sobre la importancia que tiene la posición de WELZEL para vincular el pensamiento del riesgo permitido con la doctrina de la imprudencia, TORIO, L-H Menéndez, p. 5180.

197 La doctrina mayoritaria considera actualmente el riesgo permitido como un presupuesto positivo del injusto y no como una causa de justificación: BACIGALUPO, *PG*, p. 245; BUSTOS, *PG*, p. 358; CRAMER, *Schönke/Schröder*, 15/145; FRISCH, *Verhalten*, pp. 75 ss.; GOMEZ BENITEZ, *Ejercicio*, p. 209; GÖSSEL en *Bruns-FS* (pp. 49 s.) y *Bengl-FS* (p. 32) sólo con respecto a la adecuación social, considerando que el riesgo permitido consiste en una causa de justificación que se ha de reconocer como « colisión supralegal de bienes » (pp. 53 ss. y 38 s.); HERZBERG, *Verantwortung*, p. 183; JAKOBS, suplemento a *ZStW* 74, pp. 12 ss.; el mismo, *PG*, 7/39; el mismo, *Imputación*, pp. 123 s.; ARM. KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 138, 143 s.; KINDHÄUSER, *JR* 85, pp. 481 s.; KRAUSS, *ZStW* 76, p. 48, nota 131; KUNZ, *SchwZStrR* 90, p. 57; LENCKNER, *Schönke/Schröder*, antes de 32/94; MAURACH/GÖSSEL, *PG*, 43/39 y 44/10 ss., con la misma posición de GÖSSEL; MAURACH/ZIPF, *PG*, 17/21 también como los anteriores sólo con respecto a la adecuación social; MUÑOZ CONDE, *PG*, p. 272; PREUSS, *Untersuchungen*, pp. 122 ss.; ROXIN, *Klug-FS*, pp. 304 ss.; el mismo, *PG*, 11/56; SCHAFFSTEIN, *Welzel-FS*, p. 559; SCHÜNEMANN, *JA* 75, pp. 439 ss.; el mismo, *GA* 85, pp. 358 s.; TORIO, L-H Menéndez, p. 5182; TRIFFTERER, *PG*, p. 147; VEHLING, *Vorbereitung und Versuch*, p. 114; WELZEL, *Abhandlungen*, pp. 142 s., 176 s., 333 ss.; el mismo, *PG*, pp. 55 ss., 132; WOLTER, *Zurechnung*, p. 62; ZIELINSKI, *Handlungsunwert*, p. 160; ZIPF, *ZStW* 82, pp. 647 ss.; ZUGALDIA, *RDCirc.* 81, p. 343, nota 5. STRATENWERTH, *PG*, nums. margs. 337 ss., lo trata en su manual dentro de la antijuridicidad, pero considera que es indiferente tratar la adecuación social y el riesgo permitido en ese ámbito o en el de la tipicidad; e, incluso, en el ámbito del delito

acción u omisión final que correspondería a una persona razonable y cuidadosa en la posición del autor en la situación concreta¹⁹⁸. « Se ha de entender como cuidado objetivo

imprudente (1101) defiende tajantemente su toma en consideración en la tipicidad.

La doctrina mayoritaria, en cuanto entiende el « deber de cuidado necesario en el tráfico » como elemento del tipo o delimitación de la tipicidad también considera el riesgo permitido un elemento positivo del injusto, al configurar el cuidado necesario en el tráfico (referencias en BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 25; CEREZO, ADP 83, pp. 472 s., 484 ss.; DONATSCH, *Sorgfaltsbemessung*, p. 59; JESCHECK, PG, 54 I 3).

SCHAFFSTEIN, ZStW 72, p. 393, en la época en la que WELZEL consideraba la adecuación social una causa consuetudinaria de justificación, le resta toda importancia a este aspecto: « Como no existe ninguna diferencia material entre elementos positivos y negativos, fundamentadores o excluyentes del injusto, no tiene ningún sentido la pregunta de si los supuestos de adecuación social han de verse como falta de tipo o de causas de exclusión del injusto. Con otras palabras: se puede designar la inadecuación social como elemento limitador del tipo-indicio o la adecuación social como causa general consuetudinaria de exclusión del injusto ».

De esta manera la doctrina ha intentado poner de manifiesto una idea asentada en la literatura más moderna: convertirse casualmente en causa de un resultado carece de importancia, ese hecho no es materia de desvalor (cfr., entre otros, BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 44; KINDHÄUSER, JuS 85, p. 102; KRAUSS, ZStW 76, p. 31; NAMIAS, *Zurechnung*, p. 57; QUINTERO, *Acto*, passim).

En sentido contrario, consideran el riesgo permitido o la adecuación social como causa de justificación aquellos que consideran que el tipo objetivo se reduce en los delitos de resultado a la causación de un resultado: ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 285 ss., aunque 30 años después desechó expresamente esta idea en DJT-FS, pp. 417 s.; ESER, *La Ley 90-2*, p. 1138 y passim, considera que la adecuación social tienen relevancia para la tipicidad y el riesgo permitido para la justificación; el mismo, JZ 78, p. 374 y passim; JESCHECK, PG, 36 I 1, que considera el riesgo permitido como un principio estructural común de diversas causa de justificación; KUSCH, NStZ 85, p. 393; LUZON PEÑA, SIDA, pp. 18 s.; el mismo, PG, pp. 382, 644; MAURACH/GÖSSEL, PG, 44/1 ss., en especial 11; H. MAYER, PG, pp. 141, 186 ss.; OEHLER, *Eb. Schmidt-FS*, pp. 243 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 4/8, 6/102 ss.; el mismo, PG, 8/78, 9/31, donde se vale de un argumento meramente formal. Para más referencias me remito a P.FRISCH, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 67 ss.; GIMBERNAT, *Causalidad*, pp. 61 s.; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 38, nota 137. Otros autores consieran, en una línea similar, que la observación del deber objetivo de cuidado es una causa de justificación. Me remito a la relación que ofrecen CEREZO, ADP 83, nota 54; CORCOY, *El delito imprudente*, pp. 62 s.; DONATSCH, *Sorgfaltsbemessung*, p. 59, nota 77. Críticas a esta posición se pueden encontrar en CEREZO, ADP 83, p. 486; CORCOY, *El delito imprudente*, pp. 63 s.: « El cuidado objetivo como causa de justificación lleva consigo una concepción de la tipicidad como puro desvalor del resultado »; TORIO, ADP 74, pp. 38 ss., con más referencias.

En una cosa importante coinciden todos aquellos que consideran el riesgo permitido como presupuesto positivo del injusto o como causa de justificación: el injusto penal no se agota ni fundamenta con la causación de un resultado (cfr. JAKOBS, *Studien*, p. 52, nota 20). Esta es la idea decisiva para la doctrina especializada.

198 En profundidad sobre este baremo objetivo-normativo: BURGSTALLER, WK, 6/38, 49 s.; CEREZO, PG, pp. 422 s.; CORCOY, *El delito imprudente*, pp. 134 ss.; HERZBERG, *Verantwortung*, pp. 166 ss.; KAMPS, *Arbeitsteilung*, pp. 79 ss., como medida de la exigencia de cuidado en el caso concreto; KINDHÄUSER, GA 94, pp. 210 ss.; KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, p. 412; KUHLEN, *Produkthaftung*, pp. 84, nota 19, 103 s.; LORENZ, *Maßstab*, passim, en la única monografía sobre el tema; MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 239, 243 y passim que utiliza en el injusto la figura del buen ciudadano o del ciudadano ideal; PICHLER, *Sport und Recht* (coord. por SCHROEDER), p. 94, con relación al esquí; SCHMOLLER, JBl 90, passim, con abundantes referencias, que considera esta figura ideal que sirve como medida objetiva como una ayuda para la argumentación jurídica, que sólo se debe ser utilizada en aquellas situaciones en las que presente mayores ventajas argumentales que inconvenientes; REYES, *Imputación*, pp. 110 ss.; ROEDER, *Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, p. 52; ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht*, p. 12, con más referencias; WEHRLE, *Regressverbot*, pp. 47 s.; WOLFF, *Handlungsbegriff*, pp. 36 s. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 94 ss., se refiere a este baremo como una « esencia racional »; ZIELINSKI, *Handlungsunwert*, p. 172.

Con respecto al ámbito deportivo, SCHILD, Jura 82, pp. 588 ss.

Nuestra Jurisprudencia ha utilizado a menudo esta medida normativa, especialmente cuando la actividad

y conforme al tráfico aquella conducta que « una persona prudente y razonable en la situación del autor » habría adoptado en la situación concreta »¹⁹⁹. WELZEL no se inventa esta figura ideal que supone el « ciudadano razonable, precavido, cauto, previsor,

no se desarrolla en un ámbito en el que existen reglas de peligro abstracto extrapenales o reglas de la técnica asentadas: SS. T. S. de 8 de mayo de 1974 (Pte. Vivas); 2 de marzo de 1979 (Pte. Castro); 16 de marzo de 1979 (Pte. Castro): « La antinormatividad o antijuridicidad del delito culposo radica esencialmente en la infracción del deber de cuidado debido o sea en la disconformidad de la conducta realizada por el inculpaado, productora involuntariamente de un evento dañoso para los bienes jurídicos ajenos, con la que hubiera presuntamente observado cualquier persona, normal cooperadora de la vida social, que se encontrase en igual o análoga situación, adaptándose y respetando no sólo las normas legales preventivas, sino también las llamadas reglamentarias o de policía e incluso las prescripciones sociales o consuetudinarias de prudencia común o técnica, consagradas en la vida diaria y dirigidas a evitar la producción de accidentes »; 4 de febrero de 1980 (Pte. Castro) realiza un juicio valorativo comparando « entre la conducta del inculpaado y la que en su lugar hubiera observado la mayoría de personas normales, válidas cooperadoras de la vida social »; 2 de noviembre de 1981 (Pte. Castro) define este baremo (como elemento de la culpabilidad) como un « módulo objetivo de la comparación o contrastación de la conducta del agente con la que se supone hubiera observado un hombre medio normal colocado en la misma situación concreta en la que se encontraba el sujeto activo, esquematizado o abstractizado en las figuras ideales del « bonus pater familias » del Derecho Romano, el « reasonable man » del Derecho Inglés y el « diligente cooperador del tráfico » en el Derecho de la circulación, con las que se quiere etiquetar al hombre juicioso, reflexivo y ponderado que marcha por la vida cumpliendo sus deberes no sólo jurídicos, sino sociales, procurando no dañar a nadie con sus actos, ni crear peligros innecesarios »; 6 de octubre de 1984 (Pte. de Vega); 12 de mayo de 1986 (Pte. Montero); 22 de mayo de 1989 (Pte. Soto); 6 de abril y 13 de octubre de 1993 (Pte. Moner): « El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste, en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que objetivamente, era necesario observar. Este deber de cuidado objetivo es el requerido en la vida de relación social respecto a la realización, pues el cuidado que en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor, es una cuestión que afecta a la culpabilidad. Por tanto, el deber objetivo de cuidado, supone un juicio normativo que surge de la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor y la observada por éste realmente ».

199 WELZEL, Abhandlungen, p. 326. En el mismo sentido, la doctrina mayoritaria: BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 54 ss. (vid. en especial p. 66), 189 ss., con más referencias; CEREZO, ADP 83, p. 481; DONATSCH, *Sorgfaltsbemessung*, p. 18; P. FRISCH, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 59; JESCHECK, PG, §§ 54 ss.; LUZON PEÑA, PG, p. 500; MIR PUIG, PG, p. 297; MUÑOZ CONDE, PG, p. 261; ROXIN, PG, 24/46; ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht*, pp. 12 s.; WELZEL, Abhandlungen, pp. 334 s., 339; ZIELINSKI, *Handlungsunwert*, p. 171, con más referencias.

Críticas a esta figura de la persona prudente y razonable en HONIG, Frank-FG, pp. 185 s.; LAMPE, ZStW 71, pp. 600 s., mostrando su acuerdo con MAURACH, al señalar que este *homunculus* ni se ha podido determinar todavía ni nunca se podrá determinar; MAURACH, PG 4ª, 44 II B 1; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/33; OTTO, JuS 74, pp. 707 s.; el mismo, PG, 10 I 3, al resaltar correctamente como, al final, lo que era un medio de ayuda se ha acabado convirtiendo en el « destinatario de las normas »; PAREDES, Riesgo permitido, p. 297, con abundantes referencias, resalta la importante crítica de las teorías individualizadoras de la imprudencia al artificial y manido criterio del « hombre medio »: « resulta insostenible un criterio de determinación del deber de conducta absolutamente general para todo el ámbito del tráfico jurídico. Pues, en el mejor de los casos, dicho criterio habrá de resultar demasiado vago e indeterminado para cumplir con efectividad su función dentro del tipo penal. O, si no, entendido estrictamente, llevaría a consecuencias indmisibles » y en p. 339, señala como en la práctica « actúa como un simple recurso de justificación retórica de decisiones no fundadas racionalmente, sino obtenidas mediante intuiciones, creencias más o menos arraigadas socialmente o compartidas por el juez, etc., acerca de qué sea lo debido en una situación concreta [...] Lo cual, aunque en muchas ocasiones (en los casos sencillos) conduce a resultados materialmente idénticos a los que se obtendrían a través de un proceso normativo y jurídico de valoración, no siempre tiene porqué ser así, sobre todo en casos complejos y especialmente ambivalentes. Y, en cualquier caso, con ello se estarían violando siempre los principios procesales básicos, que exigen una fundamentación suficiente -racional y valorativa, por lo tanto- de la decisión judicial: art. 120.3 CE »; REYES, Imputación, pp. 110 ss.; SCHMOLLER, JBl 90, pp. 636 ss. SCHMOLLER, JBl 90, p. 634, recoge más bibliografía crítica.

atento, interesado, concienzudo, juicioso, inteligente, sensato, responsable, reflexivo normal, escrupuloso, cuidadoso, prudente o diligente »²⁰⁰, que disfruta de gran tradición en la evolución de la imprudencia punible, pero consigue vincularla estrechamente con el instituto del riesgo permitido y tratarla definitivamente como un problema de tipicidad. Este baremo objetivo sirve como instrumento de ayuda y medio argumental para determinar cuáles son los riesgos que debe tratar con cuidado un ciudadano en una situación dada. Es decir, qué riesgos son o no permitidos desde el punto de vista de la norma penal²⁰¹. El análisis moderno de los temas relacionados con el riesgo permitido es un desarrollo de esta formulación genérica. La doctrina mayoritaria considera, correctamente, el baremo objetivo del hombre cuidadoso como un criterio valorativo determinado normativamente²⁰². Es, por ello, generalmente aceptada la definición de esta medida normativa ofrecida por ARM. KAUFMANN: se trata de « la representación del punto de vista del Derecho; la personificación del ordenamiento jurídico que valora en la situación concreta »²⁰³. De esta manera se insiste en la idea de que la medida de lo que es correcto en el tráfico social o socialmente adecuado no depende de consideraciones subjetivas²⁰⁴. La finalidad del autor o sus motivaciones internas no tienen nada que ver con la determinación del riesgo permitido. Ese es un problema del juicio de culpabilidad. De esta manera WELZEL consigue superar uno de los principales inconvenientes de sus primeras formulaciones con respecto al delito imprudente: la confusión entre antijuridicidad y culpabilidad²⁰⁵. La doctrina ha venido insistiendo de forma convincente

200 Según nuestro Cc el buen padre de familia diligente (arts. 270, 497, 1094, 1104, 1555, 1889, 1903), que tiene su antecedente en el *diligens pater familias* del Derecho romano (cfr. SCHMOLLER, JBl 90, p. 632, con más referencias). Esta figura ha recibido la denominación (en ocasiones utilizada despectivamente) de *homunculus normalis* que tuvo una cierta aceptación por parte de la doctrina y que tiene su origen en KITZINGER, NJW 33, p. 407, nota 10 (cfr. LORENZ, Maßstab, p. 91).

201 REYES, Imputación, p. 110; ROXIN, PG, 24/32; el mismo, Política criminal, p. 106.

202 BOCKELMANN/VOLK, PG, pp. 159 s.; KUHLEN, Produkthaftung, pp. 101 ss; WELZEL, PG, p. 131; el mismo, Bild, p. 32.

Algunos autores utilizan una figura que opera racionalmente desde el punto de vista del ordenamiento, tanto en el delito doloso como en el imprudente: ENGISCH, Untersuchungen, pp. 75 ss., 169, 220, 345, 347 ss.; MAYER, PG, § 19; PUPPE, Vorsatz, p. 74; la misma, NK, 15/89 ss., en un sentido que supone una gran contribución a la dogmática moderna del dolo eventual (cfr. Cap. 5º nota 117). Más referencias a autores clásicos, ENGISCH, Untersuchungen, pp. 115 ss.

203 Welzel-FS, p. 409 y Strafrechtsdogmatik, p. 145. Antes de KAUFMANN habían insistido en la misma idea, EXNER, Wesen, pp. 196 s. y v. HIPPEL, Deutsches Strafrecht, p. 427. De acuerdo, BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 55; el mismo, WK, 6/38; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, p. 174; HERZBERG, Verantwortung, p. 168; KUHLEN, Produkthaftung, pp. 101 ss.; MTNEZ. ESCAMILLA, Aproximación, p. 92; SCHÜNEMANN, Schaffstein-FS, p. 175; WEHRLE, Regressverbot, pp. 47 s.; WOLTER, GA 77, p. 260, con más referencias; ZIELINSKI, Handlungsunwert, p. 172. En un sentido similar, SCHMOLLER, JBl 90, p. 632.

204 MÜNZBERG, Verhalten, p. 222: « Nadie puede ser medido consigo mismo como medida ». De acuerdo, JAKOBS, Studien, p. 48. Vid., además, KAMINSKI, Der objektive Maßstab, pp. 98 ss.; PUPPE, NK, antes de 13/147. KAMINSKI, Der objektive Maßstab, p. 135, en la última monografía que defiende esta concepción ya clásica de WELZEL, insiste en esta idea.

205 En los años 70 JAKOBS, Studien, pp. 41 ss., 64 ss., suplemento a ZStW 74, pp. 20 ss. y PG,

9/5 ss. y STRATENWERTH, PG, nº marg. 1096 ss., Schw. Str. 16/16 s. y Jescheck-FS, passim, volvieron a tener en cuenta las capacidades, conocimientos y experiencias individuales del autor para determinar el deber de cuidado. Estos autores se acercan aparentemente a los primeros planteamientos de WELZEL que éste varió a principios de los años 50 (HIRSCH, ZStW 94, p. 266; JAKOBS, Studien, p. 70; el mismo, PG, 9/nota 12; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 76 s., 170, con nota 78 a). Pero esta vez, con base en consideraciones nomológicas, consiguieron evitar el principal motivo que hizo reformular a WELZEL su teoría del delito imprudente: la confusión entre injusto y culpabilidad. Lo consiguieron diferenciando claramente entre la capacidad de acción, que suponía la capacidad de planificar las acciones eligiendo medios para ciertos fines y la capacidad de culpabilidad, que era la capacidad de orientar esas acciones de acuerdo con los valores del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, los bebés carecen de capacidad de acción, mientras que a partir de cierta edad los niños gozan de capacidad de acción pero no tienen la capacidad de culpabilidad mínima que tienen los mayores de edad responsables. Aunque un menor de edad pueda realizar su deseos (capacidad de acción) no puede orientar sus acciones de acuerdo a normas al igual que lo puede llegar a hacer posteriormente o, al menos, no se le reconoce normativamente esa capacidad. Ambas capacidades suponen dos escalones distintos de la acción humana. JAKOBS, Studien, p. 13, desarrolla su tesis a partir de la distinción hecha por WELZEL entre « conducción de la acción relevante en el injusto » (*unrechtsrelevante Handlungssteuerung*) y « conducción de las emociones o de los motivos relevante en la culpabilidad » (*schuldrelevante Antriebssteuerung*). WELZEL pretendía así distinguir entre la finalidad humana (injusto) y capacidad del hombre de autodeterminarse con arreglo a sentido (culpabilidad), manteniendo la estructura básica de la teoría jurídica del delito (distinción entre injusto y culpabilidad) con una fundamentación ontológica. JAKOBS, Studien, p. 69 y PG, 9/2, afirma que la posibilidad de conocer la producción del resultado, como presupuesto psíquico de su evitabilidad, hay que determinarla desde la perspectiva del destinatario de la norma; es decir, lo que el destinatario de la norma (en el momento de la acción) habría conocido de estar motivado para no producir el resultado. Estas consideraciones normativas tienen como consecuencia lógica que la función motivadora de la norma de determinación sólo pueda tener en cuenta las capacidades personales. Como se puede apreciar, JAKOBS presupone en el juicio de antijuridicidad siempre una correcta motivación interna del autor (que es lo que en realidad se ha buscado con el baremo del « hombre medio », desvelándose así el fundamento normativo de este baremo objetivo). En profundidad sobre esta diferenciación entre « conducción de la acción relevante en el injusto » (*unrechtsrelevante Handlungssteuerung*) y « conducción de las emociones o de los motivos relevante en la culpabilidad » (*schuldrelevante Antriebssteuerung*) que tiene su origen en WELZEL, JAKOBS, Welzel-FS, passim; KAUFMANN, Dogmatik der Unterlassungsdelikte, pp. 38 ss.; KINDHÄUSER, Gefährdung, pp. 41 ss.; el mismo, GA 94, pp. 201 s., que considera la diferenciación entre capacidad de acción y capacidad de motivación como una diferenciación fundamental para la sistemática del Derecho penal; MAIWALD, JuS 87, pp. 476 ss.; NOWAKOWSKI, WK, antes de 13/11; ZIELINSKI, AK, 15,16/9, 16 ss., que lo considera la principal contribución de WELZEL a la teoría jurídica del delito. En contra, SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, pp. 23 ss., considera la distinción innecesaria y bizantina.

Ciertos autores se sumaron a la propuesta de JAKOBS y STRATENWERTH, extendiéndose tímidamente en la doctrina la idea de que en el delito imprudente existe también un tipo subjetivo, teniendo el delito doloso y el delito imprudente una misma estructura típica: GÖSSEL, Bruns-FS, pp. 51 s.; el mismo, Bengl-FS, pp. 28 s., 34 ss.; KINDHÄUSER, ZStW 96, pp. 25 ss.; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/110 ss.; OTTO, con base en su principio de imputación de la « posibilidad de conducción o evitación », Maurach-FS, pp. 92, 100 ss.; el mismo, JuS 74, pp. 705 ss.; el mismo, ZStW 87, pp. 557, 569 s.; el mismo, PG, 10 I 3; SAMSON, SK, anexo a 16/13 ss.; TRIFFTERER, PG, pp. 301 ss.; WOLTER, Zurechnung, pp. 153 ss., que dice que la posibilidad de conocer tiene doble relevancia en el injusto y en la culpabilidad y que los delitos dolosos e imprudentes son idénticos en el tipo objetivo, distinguiéndose en el tipo subjetivo y la culpabilidad (sería una teoría de la doble posición de la imprudencia paralela a la de la doble posición del dolo); el mismo, GA-FS, pp. 307 ss., en especial 313, nota 177 y passim.

En la doctrina española esta idea también ha sido defendida por diversos autores: BACIGALUPO, PG, p. 244; CORCOY, El delito imprudente, pp. 126 ss., 225 ss., con más referencias; MAQUEDA, CPC 87, pp. 216 s.; MIR PUIG, Función, pp. 78 s.; el mismo, Adiciones al Tratado de Jescheck, p. 791; el mismo, ADP 88, p. 671, con más referencias; el mismo, PG, pp. 297 ss.; QUINTERO, PG, p. 301; ZUGALDIA, ADP 84, pp. 327 ss.

La doctrina mayoritaria, que había aceptado la determinación del deber objetivo de cuidado propuesta por WELZEL, y la había desarrollado, se opuso vehementemente a esta nueva dirección doctrinal: BOCKELMANN/VOLK, PG, pp. 159, 165; BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 64 ss.; el

mismo, WK, 6/25, basándose sobre todo en la letra del C. P. austriaco; DEDES, Bockelmann-FS, pp. 437 ss.; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, pp. 133 ss.; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 80 ss.; FÜNFSTIN, Aufbau, pp. 65 ss.; HERZBERG, Jura 84, pp. 404 ss. (en especial, 406 ss.); el mismo, Verantwortung, p. 170; HIRSCH, ZStW 94, pp. 266 ss.; el mismo, Dreher-FS, p. 228, nota 54; el mismo, Univ. Köln-FS, pp. 410 s.; JESCHECK, PG, 54 I 3; KAMINSKI, Der objektive Maßstab, pp. 57 ss.; ARM. KAUFMANN, Welzel-FS, pp. 404 ss.; KUHLEN, Produkthaftung, pp. 85 s.; MAIWALD, Dreher-FS, pp. 451 ss.; MYLONOPOULOS, Verhältnis, pp. 104 ss.; OCTAVIO/HUERTA, PG, 615 ss.; PAREDES, Riesgo permitido, pp. 297 ss., recoge las críticas de la posición mayoritaria en Alemania; PREUSS, Untersuchungen, pp. 102 s.; ROMEO, El médico, pp. 66 ss., que defiende una medida estándar; ROXIN, PG, 24/48 ss.; SCHMIDHÄUSER, Schaffstein-FS, p. 152; SCHROEDER, ZStW 91, p. 263; SCHÜNEMANN, Schaffstein-FS, pp. 160 ss.; el mismo, JA 75, pp. 512 ss.; el mismo, Injusto y culpabilidad, p. 224; TRIFFTERER, Bockelmann-FS, pp. 208 ss.; WOLTER, GA 77, pp. 257 s., 265 s., 274, aunque ha variado posteriormente su posición (GA-FS, p. 313, nota 177; Imputación, p. 71) y tiene en cuenta la posibilidad subjetiva de conocer tanto en el injusto como en la culpabilidad (GA-FS, pp. 279 s., 288, 307, 312).

En la literatura española se han mostrado en contra: CERZO, ADP 83, pp. 473 ss., 477; el mismo, PG, pp. 416 ss.; HUERTA, Contenido, pp. 44 s., nota 65; LUZON PEÑA, PG, p. 501; PAREDES, PJ 33, p. 426, nota 6; SERRANO, Teoría del delito imprudente, pp. 172 ss., aunque utiliza las críticas vertidas en la literatura alemana, siendo estas críticas perfectamente aplicables a su posición.

Las críticas se basan principalmente en los siguientes puntos: confusión entre injusto y culpabilidad, al igual que le había ocurrido anteriormente al « imperativismo ingenuo »; la desaparición de líneas generales de conducta, lo que afecta tanto a la función de garantía como a la función de prevención general del Derecho penal y a institutos concretos como el principio de confianza; de acuerdo con esto, si ya no es posible formular normas que resulten adecuadas como pautas de orientación, no es posible formular criterios objetivos referidos al deber de cuidado, con lo cual se desvirtúa la función preventivo-general del Derecho penal; la infracción del principio de igualdad; la sobrecarga para los ciudadanos capacitados por encima de la media, con los consiguientes efectos socialmente perniciosos que puede tener el Derecho penal para la adquisición de mayores capacidades por parte de los ciudadanos, que pueden negarse a tener una mayor preparación para eludir mayores responsabilidades y con la objeción de que en estos casos se convierte un mero reproche moral o ético en un reproche jurídico; la incompatibilidad con el Derecho positivo, en especial con respecto a la regulación de las medidas de seguridad y las fricciones con la legítima defensa; la equivocación nomológica de equipar el delito imprudente a un delito de omisión.

En tiempos recientes ha recogido esta polémica que se desarrolló principalmente en los años 70, aunque todavía sigue vigente, CASTALDO, Non intelligere, pp. 66 ss. y GA 93, pp. 497 ss., que contesta a ciertas críticas de la doctrina mayoritaria.

La polémica sobre una medida objetiva o subjetiva de cuidado no es novedosa, sino que ha acompañado a la doctrina de la imprudencia, tanto penal como civil, desde sus orígenes (cfr. ENGISCH, Untersuchungen, pp. 418 ss., donde se puede contemplar que ciertos argumentos utilizados en la discusión más reciente, ya forman parte de la polémica desde el siglo pasado; KAMINSKI, Der objektive Maßstab, pp. 105 ss., sobre la polémica en la doctrina civilista). La novedad reside en el ámbito penal en que la discusión se ha trasladado del ámbito de la culpabilidad, donde la doctrina mayoritaria, como hemos visto, asumió una doble medida subjetivo-objetiva al ámbito del tipo, debido a la revolución de la teoría jurídica del delito protagonizada por WELZEL. Los « subjetivistas » ya le habían reprochado a la medida objetiva de cuidado en la culpabilidad que una persona media ni existe ni puede existir, que el baremo del *homunculus normalis* era indeterminable y que privilegiaba de forma insatisfactoria a los más capacitados mientras trataba a los menos capacitados de forma demasiado dura (Cfr. BINAVINCE, Die vier Momente, pp. 64 s.). Hay que decir que, a pesar de la virulencia que ha alcanzado la polémica sobre el baremo del cuidado necesario en el tráfico, la doctrina mayoritaria adolece en algunos casos de los mismos problemas que las posiciones minoritarias que critican, sólo que desplazados al juicio de culpabilidad. Por ejemplo, se puede incurrir en los mismo inconvenientes de impunidad si se subjetiviza demasiado la infracción del deber de cuidado, tanto en el tipo como en la culpabilidad. Además, la subjetivización de la « previsibilidad objetiva » ha hecho que las diferencias prácticas entre ambas posiciones sean mínimas. Por otro lado, las teorías subjetivas acuden a correctivos objetivos como el « riesgo permitido ». En realidad, es falso decir que la discusión se centra en una oposición entre partidarios de un baremo objetivo y partidarios de un baremo subjetivo. Todos los autores defienden un baremo objetivo. La diferencia reside en que la doctrina mayoritaria defiende un baremo objetivo-estandarizado y los defensores de un « deber subjetivo de cuidado » en el injusto defienden un baremo objetivo-no estandarizado en el que se tenga en cuenta la especial incapacidad del autor o sus especiales capacidades.

La discusión se ha centrado en la problemática de los sujetos que en el desempeño de una profesión, un oficio o un cargo disfrutaban de capacidades superiores a las normales o a la exigidas para esos puestos. Para dicha polémica doctrinal se puede consultar la siguiente literatura: BACIGALUPO, PG, p. 244, que considera que infringe el deber de cuidado el que no emplea el cuidado que sus capacidades y su conocimiento de la situación le hubieran permitido; BOCKELMANN/VOLK, PG, pp. 160 s., que niega toda toma en consideración de capacidades especiales; BOCKELMANN, Aufsätze, p. 203, defendiendo una medida estándar de acuerdo a la cual las capacidades individuales sólo se tengan en cuenta en la culpabilidad en beneficio del autor, pero nunca en su perjuicio; BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 64 ss., con una posición similar; CASTALDO, Non intelligere, pp. 136 ss., en defensa de la toma en consideración de las capacidades especiales, en contra de WOLTER, MYLONOPOULOS y SCHROEDER; CEREZO, ADP 83, pp. 474 ss.; el mismo, PG, pp. 417 ss., que defiende un baremo estándar siempre que el hecho no sea calificable como doloso u omisivo; COBO/VIVES, PG, pp. 476 ss., entendiendo el deber de cuidado como un deber personal que pertenece al ámbito de la culpabilidad; CORCOY, El delito imprudente, pp. 126 ss., 141 ss., con un exhaustivo estudio de la polémica en la doctrina alemana, quiere tomar en consideración para determinar el deber de cuidado las capacidades individuales; la misma, Imputación, p. 43, en el mismo sentido; CRAMER, Schönke/Schröder, 15/138 ss., tiene en cuenta para determinar el deber objetivo de cuidado en el injusto la mayor capacidad del autor aunque no su menor capacidad (15/142); DEDES, Bockelmann-FS., pp. 440 s.; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 78 ss.; FRISCH, Vorsatz, pp. 133 ss., distinguiendo las capacidades estandarizadas mediante un rol social de aquellas que no están estandarizadas; HERZBERG, Verantwortung, p. 170, que no tiene en cuenta las capacidades especiales para determinar el deber objetivo de cuidado en el tipo; el mismo, Jura 84, pp. 410 s., que toma en consideración las capacidades especiales; HIRSCH, ZStW 94, pp. 274 ss.; el mismo, Univ. Köln-FS, pp. 410 s., en defensa de una medida estándar que no tenga en cuenta las especiales capacidades de la persona; JAKOBS, Studien, pp. 55 s., defendiendo la toma en consideración de las capacidades individuales; el mismo, suplemento a ZStW 74, p. 20 s., nota 45, respondiendo a las críticas de los que defienden criterios más estándar en el delito imprudente, aunque en la actualidad defiende un alto grado de estandarización de los conocimientos y capacidades, más estricto todavía que el de la doctrina mayoritaria (Imputación, pp. 131 ss.); JESCHECK, PG, 54 I 3, defendiendo un baremo estándar; JORGE BARREIRO, Imprudencia, pp. 41 ss., superando una visión estandarizada del deber objetivo de cuidado, llegando a la conclusión de que « es preciso distinguir entre las características subjetivas de la conducta contraria a la norma de cuidado (problema del tipo de injusto) y la capacidad individual de evitar esa conducta (cuestión de culpabilidad) »; KUHLEN, Produkthaftung, pp. 84 s., con más referencias; LUZON PEÑA, PG, p. 502, a favor de una medida estándar; MIR PUIG, Función, pp. 78 s.; el mismo, Adiciones al Tratado de Jescheck, p. 791; el mismo, ADP 88, p. 675; el mismo, Derecho penal, pp. 238 s.; el mismo, PG, pp. 298 s., defendiendo en todos estos trabajos la toma en consideración de las capacidades personales; MYLONOPOULOS, Verhältnis, p. 108, defendiendo la utilización de un baremo estándar en el que las capacidades del sujeto no juegan ningún papel; NOWAKOWSKI, WK, antes de 3/32, a favor de tener en cuenta objetivamente los conocimientos y capacidades especiales del autor; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 619 ss., teniendo en cuenta los conocimientos y capacidades excepcionales para determinar el cuidado debido, y considerando que en los supuestos en los « que se trate de un solo sujeto poseedor de excepcionales conocimientos o aptitudes únicas, que ante una situación de peligro para la vida o la salud que él puede reducir o incluso eliminar mediante la aplicación de sus exclusivas capacidades, decide sin embargo utilizar las exigibles a los integrantes del ámbito de relación que sólo él supera », al no haber « un grupo de referencia sobre el que construir, por objetivación, una norma especial de cuidado », « habrá de afirmarse que la observancia por parte de ese sujeto excepcional de la norma objetiva de cuidado impuesta en ese ámbito de relación, es suficiente para concluir que no ha habido imprudencia en su comportamiento pese a que en sus manos estaba evitar el resultado que amenazaba con producirse y que, en efecto, se ha producido »; completan estos autores su argumentación considerando que « ello no quiere decir que su comportamiento sea necesariamente impune: por lo pronto, e independientemente de la producción del resultado, en la hipótesis planteada posiblemente habrá incurrido en un delito de omisión del deber de socorro y, aún más, no es aventurado imaginar que, atendido ahora también el resultado y la posible conciencia del sujeto de la alta probabilidad de producción del mismo, el anterior delito quede consumido en un homicidio doloso (con dolo eventual) realizado en comisión por omisión »; PUPPE, NK, antes de 13/149, defendiendo una medida estándar; RGUEZ. MONTAÑES, Delitos de peligro, p. 206, nota 177, aceptando la posición de ROXIN de « generalizar hacia abajo e individualizar hacia arriba », es decir, que las menores capacidades del sujeto concreto no pueden excluir el injusto, sino tan sólo la culpabilidad, lo que se deriva de la estructura de la teoría del delito, pero los mayores conocimientos y capacidades sí sean tenidos en cuenta

en la idea de que esta figura ideal no es un estándar configurado estadísticamente conforme a un método inductivo-sociológico o empírico. La doctrina mayoritaria ha dejado siempre claro que el baremo del hombre medio no debe reducirse simplemente a un criterio estadístico sacado de la realidad²⁰⁶. El « hombre medio » no es más que una metáfora sobre la valoración objetiva de la conducta concreta. Es decir, con ese criterio se intenta determinar si un comportamiento es aceptable en un ciudadano o supone ya un comportamiento descuidado.

2. ¿ Qué consecuencias prácticas tiene esta construcción ? En general se afirmaba que se debía evitar toda creación de un riesgo de muerte o lesiones para terceros. Pero esta afirmación general tenía una excepción en los ámbitos del tráfico en los que se

para fundamentar el injusto imprudente, de forma paralela a lo que ocurre en los delitos de omisión »; ROEDER, *Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, pp. 54 s., con referencias a la literatura más antigua, en contra de la consideración de las capacidades especiales del sujeto, argumentando que la medida subjetiva sólo opera *in bonam partem*; ROMEO, *El médico*, pp. 66 ss., que defiende una medida estándar; ROXIN, PG, 24/54, tomando en consideración para la determinación del deber de cuidado las capacidades individuales superiores a las del hombre medio; SAMSON, SK, anexo a 16/11, a favor de la toma en consideración de las capacidades especiales; SCHROEDER, ZStW 91, p. 263; el mismo, LK, 16/146 ss., a favor de un baremo estandarizado; SCHÜNEMANN, JA 75, pp. 514 s.; el mismo, Schaffstein-FS, pp. 165 ss., en contra de las posiciones de JAKOBS y STRATENWERTH primordialmente, aunque considera que la medida del estándar es siempre el más capacitado y que la mayor capacitación de un solo profesional convierte en objetivamente descuidadas todas las conductas de sus colegas, que realizan tipos de injusto si producen un resultado aunque luego no se consideren culpables, por lo que en estos casos convierte el deber general de cuidado en algo inasequible para la mayoría; STRATENWERTH, PG, num. margs. 1098 s.; el mismo, Jescheck-FS, pp. 299 ss., defiende la toma en consideración para determinar el deber de cuidado de las capacidades individuales del sujeto; TRIFFTERER, PG, pp. 148 s., a favor de una estandarización del deber objetivo de cuidado; ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht*, pp. 16 s., a favor de una medida estándar; WILHELM, *Arbeitsteilung*, pp. 14 ss.; WOLTER, GA 77, pp. 269 ss., diferencia entre capacidades estandarizadas mediante una profesión y privadas (no estandarizadas), remitiendo muchos supuestos a la comisión por omisión donde sí se tienen en cuenta las capacidades especiales; ZUGALDIA, ADP 84, pp. 328 ss., defiende la toma en consideración de las capacidades individuales.

La decisión que se adopta en este trabajo será desarrollada en el Cap. 5º.

No se debe confundir esta disputa penal con la que existe en la doctrina civil sobre la medida objetiva o subjetiva del deber de cuidado (sobre ésta, JESCHECK, PG, 54 I 4; HENKEL, *Recht und Individualität*, pp. 76 ss.; KAMINSKI, *Der objektive Maßstab*, pp. 105 ss.; MEDER, *Schuld*, pp. 151 ss., 177 ss., todos con más referencias). La discusión en nuestra materia versa sobre cómo se tiene en cuenta el aspecto individual y en qué momento de la imputación (injusto o culpabilidad). Pero la civilista versa sobre si es preciso atender de alguna manera el aspecto individual. Y, por ahora, en el ámbito del Derecho privado, especialmente en el de la responsabilidad extracontractual (no así en otros ámbitos como el Derecho de familia, recogidos por DEUTSCH, *Honig-FS*, p. 36), triunfan las tesis desindividualizadoras que prescinden en todo momento de aspectos subjetivos (sobre todo esto, BOCKELMANN, *Aufsätze*, p. 210; DEUTSCH, *Honig-FS*, pp. 36 s.; KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 84; la excelente monografía de MEDER, *Schuld*, *passim*, especialmente pp. 151 ss.; ROMEO, *El médico*, p. 99; WILHELM, *Arbeitsteilung*, p. 14). La S. T. S. de 8 de junio de 1982 (Pte. Moyna) niega que las cuéntas reparatorias dependan de la calificación delictiva, « porque la suma reparatoria se fija en función de la entidad de los daños y no en función de una más grave responsabilidad de los sujetos ». Por ello, incluso, la distinción en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual entre dolo e imprudencia carece de sentido.

²⁰⁶ BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 55 s.; KUHLEN, *Produkthaftung*, pp. 84, nota 109, 102; LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 94 s.; LUZON PEÑA, PG, p. 500, nota 4.

Algunos autores incurren en el error de entender este baremo empíricamente y no normativamente: BINA VINCE, *Die vier Momente*, pp. 47 s.; H. MAYER, PG, p. 134.

admitían riesgos más elevados que el riesgo general de la vida (tráfico viario, construcción, explotación de industrias y energías, etc.). La idea del riesgo permitido como criterio de determinación del tipo imprudente hace que en estos casos no exista infracción del deber objetivo de cuidado si en una situación estándar se respetan las reglas policiales de prevención de riesgos o las reglas de la técnica genéricamente aceptadas para un sector profesional.

La doctrina pronto se dio cuenta de que la vida social no exige reglas generales de cuidado uniformes, sino que existen diversos ámbitos del tráfico con riesgos diversos que exigen planificaciones diversas. Lo adecuado socialmente no es uniforme en la vida social, sino que varía en los distintos ámbitos de la misma²⁰⁷. Por ello se amoldó el criterio valorativo del hombre prudente y diligente a cada sector del tráfico. De esta manera el riesgo permitido en cada situación era determinado de acuerdo al comportamiento en la concreta situación de un hombre cuidadoso perteneciente al mismo círculo del tráfico del autor (conductor de camiones, cirujano de corazón, ingeniero de obras públicas, etc.)²⁰⁸. La doctrina ha venido determinando el cuidado necesario en el tráfico en función de las necesidades de cada sector. En la práctica la construcción de WELZEL suponía afirmar que todo riesgo creado mediante la infracción de una norma jurídica extrapenal (reglamentación de seguridad vial o de seguridad e higiene en el

²⁰⁷ JAKOBS, Studien, p. 52; el mismo, PG, 7/47.

Así, por ejemplo, la S. T. S. de 13 de noviembre de 1992 (Pte. Delgado), absuelve al acusado, porque entiende que su conducta « se ajustó a lo que habría hecho en circunstancias similares cualquier traumatólogo en un hospital comarcal situado en una zona agrícola ».

²⁰⁸ Sobre esta diferenciación: BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 54 ss.; el mismo, WK, 6/38, con más referencias; CASTALDO, GA 93, pp. 505 s.; CORDOBA, Nota 10 a la traducción del Tratado de Maurach, pp. 257 s.; CRAMER, Schönke/Schröder, 15/135; P. FRISCH, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 93 ss., con más referencias; HIRSCH, Univ. Köln-FS, p. 410; JAKOBS, PG, 7/47 s., recogiendo abundantes ejemplos de la Jurisprudencia alemana; JESCHECK, *Aufbau*, p. 12; el mismo, PG, § 55; KAMINSKI, *Der objektive Maßstab*, pp. 120 ss., 135 ss., basándose en la doctrina y jurisprudencia civiles y llevando a cabo la última gran profundización sobre el tema; LORENZ, *Maßstab*, pp. 92 ss., con más referencias; MAIWALD, Dreher-FS, pp. 450 s., señalando sus dificultades de concreción; MANTOVANI, PG, p. 329; MAURACH, PG 4º, 44 II B 1; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/34 ss., en sentido crítico; MÜNZBERG, *Verhalten*, pp. 241 ss.; PUPPE, NK, antes 13/149; REHBERG, *Risiko*, pp. 184, 205 ss.; REYES, *Imputación*, pp. 111 s.; ROEDER, *Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, p. 52; RGUEZ. MONTAÑES, EJB, p. 3376; ROXIN, PG, 24/32 s.; el mismo, *Política criminal*, pp. 106 s.; SCHMOLLER, JB1 90, pp. 640 ss.; SCHROEDER, LK, 16/151; TRIFFTERER, PG, p. 148; ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht*, pp. 14 s.; VOGEL, *Norm*, pp. 256 ss.; WEHRLE, *Regressverbot*, p. 48; WOLTER, GA 77, p. 260.

En sentido crítico, BINA VINCE, *Die vier Momente*, pp. 65 s.; PAREDES, *Riesgo permitido*, p. 337.

La doctrina ha puesto de manifiesto (BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 57; P. FRISCH, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 93; HERZBERG, *Verantwortung*, p. 167, señalando que a veces se obvia este dato; KAMINSKI, *Der objektive Maßstab*, pp. 144 s.; ARM. KAUFMANN, ZfRV 64, p. 51, con el ejemplo de un bedel que tapa un tejado; MANTOVANI, PG, p. 329; WOLTER, GA 77, p. 260) que lo decisivo no es el círculo del que proviene la persona profesionalmente, sino en el que crea el riesgo.

trabajo, por ejemplo) o de una regla técnica o profesional admitida y utilizada en un determinado sector suponía un riesgo no permitido²⁰⁹.

3. A través del instituto del riesgo permitido la realidad social con su riqueza y dinamicidad entró en el Derecho penal. La ciencia jurídico-penal no tuvo más remedio que amoldar la teoría del tipo a las necesidades de una sociedad moderna. El dogmático se dio cuenta de que él no determina cuál es el riesgo permitido, sino que lo descubre. La determinación del riesgo permitido se ve facilitada, pues, bajo la consideración de cada subsistema jurídico-social y teniendo en cuenta el riesgo tolerado por el ordenamiento en cada ámbito. El riesgo permitido es mucho más fácil de descubrir en los supuestos más relevantes de la vida cotidiana como resto o margen de riesgo asumido en un subsistema. La realidad nos indica como hay normas de seguridad en distintos ámbitos (circulación viaria, seguridad en el trabajo, regulación relacionada con la explotación de energía eléctrica, normas de policía de lugares públicos, etc.) o no se puede obviar que en las distintas profesiones hay una *lex artis* cada vez más especializada (no es lo mismo lo que debe tener en cuenta un hematólogo que un oncólogo, un traumatólogo o un dermatólogo). Si la sociedad arbitra medios para que las personas tengan una determinada preparación para dominar o controlar cierto tipo de riesgos, esa exigencia de la sociedad debe ser tenida en cuenta. Si la sociedad moderna pretende favorecer al máximo los contactos sociales, los distintos subsistemas jurídicos (con normas jurídicas propias extrapenales o entendidos como ordenes jurídicos primarios que estabilizan expectativas con respecto a un mismo problema) cobran entidad propia a la hora de ofrecer orientaciones para una determinada modalidad de contacto social (tráfico viario, seguridad e higiene en el trabajo, fabricación de productos, etc.). Cada subsistema de regulación persigue solucionar los problemas propios de un determinado ámbito. La sociología moderna ha demostrado como el sistema social está estructurado en diversos subsistemas²¹⁰. Estos subsistemas están relacionados funcionalmente entre sí, tanto si son ubicuos (Derecho penal) como si son segmentarios (tráfico viario) y constituyen conjuntamente la sociedad. Los distintos subsistemas deben cumplir sus respectivas funciones sin tener fricciones entre sí y no deben externalizar consecuencias negativas para el resto de la sociedad²¹¹. Esta realidad social ha obligado a la ciencia jurídico-penal a hacer un estudio detallado de los niveles de riesgo permitido en cada sector del tráfico jurídico²¹². Asimismo, algún sector doctrinal pretende en tiempos modernos hacer

²⁰⁹ ROXIN, PG, 24/33; el mismo, Política criminal, p. 107.

²¹⁰ Sobre subsistemas en el ámbito del Derecho, LUHMANN, Grundrechte, pp. 35 s. Con respecto a los subsistemas en general, LUHMANN, Zweckbegriff, pp. 183 ss.

²¹¹ BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, p. 115.

²¹² Por ejemplo, CORCOY, El delito imprudente, pp. 584 ss., hace un breve estudio en función del « origen y características comunes de las normas que rigen en cada sector de actividad ». En la p. 148 pone en evidencia como « el tratamiento de la imprudencia según sectores de actividad obedece precisamente a que la medida del cuidado exigido se determina, en parte, por el ámbito del tráfico al que pertenece la conducta ». Contribuciones importantes en este sentido son, por ejemplo, las de ARROYO y LASCURAIN en el subsistema de la seguridad en el trabajo, las de LUZÓN en el de la circulación o las de JORGE BARREIRO y ROMEO CASABONA en el de la actividad médica.

CRAMER, Schönke/Schröder, 15/206 ss. realiza también un estudio de los problemas concretos de

fructífero el concepto sociológico de rol social²¹³ entendido como conjunto de expectativas, relativamente constantes que necesitan de cuando en cuando de interpretación y van dirigidos a una posición social²¹⁴. Como formulación clásica del concepto de rol social podemos tomar la de DAHRENDORF en su HOMO SOCIOLOGICUS: « Roles sociales son un conjunto de expectativas que se vinculan en una sociedad dada a la conducta del detentador de ciertas posiciones ». Pero se utiliza el concepto de rol social de una forma un tanto superficial, convirtiéndose en un cuerpo extraño dentro de la teoría jurídica del delito. En realidad, este concepto no añade nada nuevo a los elementos utilizados tradicionalmente por la dogmática de la imprudencia dentro del concepto de deber objetivo de cuidado. Los ciudadanos en la vida cotidiana van detentando roles, y algunos de ellos implican la permisión de crear ciertos riesgos. En el ámbito del delito imprudente, los conceptos extradogmáticos de rol social y subsistema cobran relevancia a través del instituto del riesgo permitido y la figura ideal del correspondiente sector del tráfico. Por tanto, el rol social en los delitos de homicidio o lesiones no es más que un instrumento de ayuda para determinar si un riesgo se encuentra o no permitido. Se trata de un elemento de la realidad social que debe ser tenido en cuenta, pero no implica ninguna valoración jurídico-penal²¹⁵. Ya señalé que es evidente para la doctrina que el

determinados ámbitos sociales.

213 Sobre este concepto, SCHOLZ, *Koalitionsfreiheit*, p. 74, con más referencias. Entre las obras más recientes: DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 179 s.; FRISCH, *Vorsatz*, pp. 132 ss.; HÜWELS, *Gesetzesvollzug*, p. 135; JAKOBS, *Arm. Kaufmann-GS*, pp. 286 s.; LESCH, *Beihilfe*, pp. 268 ss.; REYES, *ADP* 92, pp. 951 ss., 963 s.; VEHLING, *Vorbereitung und Versuch*, pp. 98 ss., 105 s., 116, que crea prácticamente un nivel de la imputación que es la inadecuación del comportamiento al rol.

BRAMMSEN (*Entstehungsvoraussetzungen*, pp. 114 ss.; *MDR* 89, pp. 124 s.) y OTTO (*PG*, pp. 146 s.) fundamentan sociológicamente los deberes de garante (conjuntamente, *Jura* 85, pp. 536 ss.). Sobre la utilización por parte de la doctrina, desde la postguerra, del concepto de rol social para fundamentar las posiciones de garante, BRAMMSEN, *Entstehungsvoraussetzungen*, pp. 52 ss., con una completa explicación de la evolución doctrinal; OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 85, pp. 535 s.

En el ámbito de la imprudencia se habla cada vez más de una persona prudente y razonable en la situación fáctica concreta y rol social del autor (cfr. HERZBERG, *Verantwortung*, p. 167).

214 OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 85, p. 535, con más referencias.

215 La sociología ha puesto en evidencia en esta segunda mitad de siglo que las personas entablan contactos en la vida social como portadores de roles. Sobre el concepto sociológico de rol social, como conjunto de expectativas normativas de conducta, DREITZEL, *Die gesellschaftlichen Leiden und das Leiden an der Gesellschaft*, pp. 95 ss. Esta estandarización desgrava a las otras personas que interaccionan con el portador del rol. Por ejemplo, el que compra un coche nuevo se ve desgravado de controlar el estado del vehículo más allá de lo recomendado por el fabricante o el órgano Administrativo competente, siendo el fabricante el responsable de los riesgos que se deriven de los defectos de fabricación del vehículo. La vida moderna es incocebible sin un reparto de funciones que permita a los sujetos centrar su atención sólo en actividades o relaciones determinadas. Ni el autor de este trabajo ni el lector se podrían dedicar a estos menesteres si tuviéramos que conseguirnos los alimentos en la naturaleza, hacernos el pan, construir nuestras casas, educar a nuestros hijos, etc. Por otro lado, sin una cierta desindividualización de los contactos sociales, obviando el conocer perfectamente a cada individuo con el que contactamos, no es concebible el funcionamiento de nuestra sociedad que se caracteriza por un alto grado de anonimato en virtud de la estandarización que posibilitan los roles. Por ejemplo, facilita un correcto desarrollo de la asistencia médica el que los pacientes no tengan que investigar la mayor o menor competencia del médico que le atiende o si ese día sufre problemas sentimentales. Los contactos sociales en nuestro sistema social anónimo y altamente tecnificado ya no se basan en la confianza que la otra parte nos preste como sujeto natural, sino como detentador de un rol. Por esa razón en la sociedad se estabilizan roles cuyos contenidos no dependen en lo esencial de su detentador, sino que éste ya se los encuentra preconfigurados. La complejidad de la sociedad hace desaparecer la confianza en el individuo. El rol simplifica, facilita y

cuidado necesario en el tráfico es un concepto normativo y no un concepto empírico.

4. En definitiva, infringe el deber objetivo que caracteriza a los tipos imprudentes la persona que en una situación dada no tiene con un riesgo objetivamente previsible el cuidado propio de un razonable y prudente participante en la vida social o en un concreto sector del tráfico.

VI. Principales inconvenientes de la construcción de WELZEL

Los inconvenientes de la construcción de WELZEL se pueden resumir en dos grupos: dificultades de tipos práctico (VI.A) y dificultades de tipo teórico (VI.B) de acuerdo con consideraciones nomológicas.

VI.A. Dificultades de concreción

1. Un sector importante de la doctrina le ha objetado a esta construcción de WELZEL, especialmente al baremo objetivo del « hombre medio », su imposibilidad de concreción y, por tanto, su incapacidad para determinar en todos los casos el cuidado necesario en el tráfico²¹⁶. El « hombre medio » es un patrón de medida evanescente.

favorece los contactos sociales porque indica las cargas y responsabilidades de cada rol. Indica lo que se puede esperar, da información. Así no es preciso repetir en cada momento todas las condiciones mínimas del contacto social antes del mismo. Se trata de un código al igual que el lenguaje (con una lengua oficial las personas no tienen que perder el tiempo explicando la estructura del lenguaje que utilizan y el significado de los conceptos, estos aspectos están pre-elegidos o presupuestos). Por ejemplo, los usuarios de un autobús no tienen que estar exigiendo al conductor el permiso especial o pruebas de alcoholemia. El rol social (conductor de autobus) posibilita una mayor fluidez de la intercomunicación porque simboliza un consenso mínimo. BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, p. 122, considera que « estas relaciones de expectativas recíprocas que se orientan conforme a determinadas posiciones sociales desgravan al individuo y a la sociedad. Permiten una disminución de potencial de previsión individual y colectivo con respecto a posibles sucesos lesivos. De ese modo fomentan cada vez más la posibilidad de diferentes actividades y permiten con ello la formación de sistemas sociales cada vez más diferenciados y complejos-la base de nuestra sociedad altamente tecnificada y que evoluciona continuamente ». Estos datos fácticos-sociológicos ayudan a configurar, sin duda, los contornos del deber de cuidado en una sociedad moderna. Aunque ellos no determinen directamente la medida de lo conforme a deber

²¹⁶ BINDING, Normen IV, pp. 513 ss. (pp. 522 s.: « La práctica se orienta más fácilmente conforme a un fantasma que conforma a un hombre vivo al que debe enjuiciar »), 547 s.; CORCOY, El delito imprudente, pp. 135 ss.; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, pp. 170 ss., 299 s.; GÖSSEL, Bengl-FS, p. 32, señala que no se sabe si un hombre así existe realmente ni como se comportaría en el supuesto concreto; ARM. KAUFMANN, Strafrechtsdogmatik, p. 143; OEHLER, Eb. Schmidt-FS, pp. 234, 248; REYES, Imputación, pp. 110 ss.; ROXIN, PG, 24/33; el mismo, Política criminal, p. 107; SAMSON, SK, anexo a 16/13; SCHROEDER, LK, 16/158; SCHÜNEMANN, JA 75, pp. 575 s., 715, argumentando que la medida objetiva de la imprudencia no ha de entenderse más que como un problema de riesgo permitido; WOLTER, GA 77, p. 260; ZIELINSKI, Handlungsunwert, p. 171; ZUGALDIA, ADP 84, p. 329.

En contra de las críticas, HERZBERG, Jura 84, pp. 409 s., responde a las críticas de SAMSON; KUHLEN, Produkthaftung, pp. 101 ss., busca salvar la función de la « figura ideal » mostrando su fondo:

WELZEL consiguió mediante la figura del hombre medio justificar la determinación del deber objetivo de cuidado a partir del dogma de la acción final. Pero ello le costó perder la flexibilidad de un concepto tan moderno como el del riesgo permitido que debe ser tenido en cuenta para una correcta determinación de la tipicidad. Por ello no es de extrañar que, aunque de forma en cierta manera injusta, cierto sector doctrinal le reprochara a WELZEL haber convertido el delito imprudente en un delito de peligro abstracto con resultado²¹⁷. Este sector doctrinal ha puesto de manifiesto como la concepción nomológica del finalismo, pensada sobre todo para defender la doctrina final de la acción, había conducido a la idea de una imprudencia *ex re*. Pero en los delitos de resultado no existe tal imprudencia, al igual que no existe un dolo *ex re* o *ex definitione*²¹⁸. El principal

una ponderación normativa de intereses (riesgo permitido). KAMINSKI, Der objektive Maßstab, pp. 102 ss., en una monografía dedicada a salvar las tesis de WELZEL, admite un cierto fracaso en la determinación del deber objetivo de cuidado, pero cree que se puede concretar todavía por ámbitos del tráfico al igual que hace la doctrina civilista alemana (pp. 12 s., 105 ss.). KAMINSKI realiza el grave error de querer asumir en el seno del Derecho penal una doctrina que está pensada para el reparto económico de costes y cargas y determinación de compensaciones económicas (BINDING, Normen IV, pp. 524 ss.; BOCKELMANN, Aufsätze, p. 210; EXNER, Wesen, p. 191; HEGEL, Grundlinien, § 98; HENKEL, Recht und Individualität, p. 77; JAKOBS, Studien, p. 69, nota 101; KUHLEN, Produkthaftung, pp. 83 ss., 149 ss.; LESCH, Beihilfe, pp. 139 ss.; el mismo, ZStW 105, pp. 2 s.; ROMEO, El médico, pp. 97 ss.; ROXIN, Gallas-FS, p. 259; SCHUMANN, Selbstverantwortung, p. 117; SEELMANN, JuS 79, p. 689, sobre la concepción de HEGEL del Derecho civil como reacción al daño a los bienes y del Derecho penal como reacción a la validez del Derecho; WILHELM, Arbeitsteilung, p. 12). El problema aquí es otro: ¿Qué creaciones de riesgos no infringen las reglas elementales de convivencia? El presupuesto metodológico de KAMINSKI de la « determinación uniforme de la medida de cuidado » es erróneo y, por tanto, su defensa de una « tesis normativa de la homogeneidad » se convierte en infructuosa (de acuerdo en las críticas, HILGENDORF, Produzentenhaftung, pp. 148 ss., aunque se muestra muy crítico con la posición de KUHLEN (pp. 153 ss.); KUHLEN, Produkthaftung, pp. 87 ss., 149 ss.). El error del discípulo de HIRSCH se encuentra en querer defender a ultranza la determinación del deber objetivo de cuidado de WELZEL sin tener en cuenta aspectos teleológicos (KUHLEN, pp. 150 ss.). Si el tipo determina lo que es materia de prohibición penalmente relevante, ¿Cómo puede ser que se determine lo que es típico de la misma manera en ambos ordenamientos? La función del Derecho civil (privado) no tiene nada que ver con la del Derecho penal (público). Es expresiva la afirmación de KUHLEN, p. 151, de que la asunción de criterios civilistas sería un regalo funesto si lleva aparejada con ella una responsabilidad penal excesiva. No nos podemos olvidar de que a pesar de la « unidad de ordenamiento jurídico » el injusto penal supone siempre un injusto agravado (cfr. Cap. 2º XI). Los límites a la responsabilidad dimanantes de la doctrina y jurisprudencia civiles sólo pueden operar como indicio para la permisión de ciertos riesgos (KUHLEN, Produkthaftung, p. 151; SCHOLL, NJW 81, pp. 2737 s.; TIEDEMANN, NJW 90, p. 2052 muestra su acuerdo con KUHLEN) o, incluso, como causa de justificación relacionada con el ejercicio de un derecho. Pero no todo riesgo que genere el deber de indemnizar sus consecuencias pasa sin más a ser relevante penalmente.

²¹⁷ JAKOBS, Studien, pp. 66 s.; el mismo, suplemento a ZStW 74, p. 25; el mismo, Bruns-FS, p. 39; el mismo, PG, 9/10. Desde que JAKOBS le hizo este reproche en los Studien a la doctrina mayoritaria, éste argumento se ha extendido en la doctrina alemana: SAMSON, SK, anexo a 16/14 a; SCHROEDER, LK, 16/158; SCHÜNEMANN, Schaffstein-FS, pp. 173 s.; el mismo, JA 75, pp. 511 s.; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 170 s., nota 78 a; el mismo, AK, 15, 16/93. En contra, MAIWALD, Dreher-FS, pp. 452 s.

²¹⁸ JAKOBS, ZStW 97, pp. 762 s.; el mismo, Arm. Kaufmann-GS, p. 282: « Dolo ex re significa que la parte perceptible por otras personas, es decir, la parte externa del comportamiento da a entender que el autor tiene dolo típico [...] habitualmente hay dolo cuando uno se comporta de este modo ». Vid. también con respecto al dolo *ex re*, HRUSCHKA, Zurechnung, p. 26; el mismo, Kleinknecht-FS, pp. 195 ss., con un tratamiento profundo en el que se incluyen referencias históricas; REHBERG, Risiko, pp. 137 ss., 145 ss.

problema de la teoría del tipo de WELZEL es que no existen normas que nos digan en todo momento que hay que hacer e, incluso, en ámbitos muy reglados como en el ámbito del tráfico viario las normas de circulación no pueden regular todo supuesto que ya no se pueda considerar como normal o habitual. No vivimos en una sociedad absolutamente ritualizada en la que a los ciudadanos se les determine todos sus movimientos²¹⁹. Sólo se protegen « conductas ritualizadas » mediante los denominados delitos de peligro abstracto²²⁰. En los delitos puros de resultado se castiga « matar » o « causar una lesión », no dejar de comportarse como un hombre prudente del ámbito en el que se encuentra el autor²²¹. Por ello, la concepción de WELZEL tiene dificultades para tener en cuenta las posibles y variadas situaciones que se pueden dar en la realidad. La doctrina mayoritaria ha afirmado siempre que las reglas policiales de seguridad o reglas generales de cuidado no determinan el cuidado necesario en el tráfico, sino que no son más que un indicio. Pero esto no ha supuesto más que una declaración de principios y la doctrina tradicional de la imprudencia no pudo solucionar de forma satisfactoria esta problemática.

219 -----
Esta es la visión errónea de HIRSCH, ZStW 94, p. 270 y su discípulo KAMINSKI, Der objektive Maßstab, passim..

220 KRATZCH, Verhaltenssteuerung, pp. 192 s., destaca la diferencia de técnica legislativa que caracteriza a los denominados delitos de peligro abstracto: « La ley establece el injusto del delito agravado de incendio de forma tan estacionaria que las tareas más importantes de conocimiento, valoración y decisión con respecto a la defensa de lesiones que amenazan un bien jurídico no se desempeñan fundamentalmente por el autor, como en el § 222 StGB (homicidio imprudente), sino ya por parte del legislador. El autor es sólo, en cierta medida, el órgano ejecutor de una administración central, que en este caso no asume la responsabilidad principal por la elección del medio correcto o del momento y la forma de la defensa de peligros. Con esta centralización de las competencias con respecto al desempeño de las tareas de protección del Derecho debe ser elevada -éste es el fin de protección especial de esta regulación- la eficacia de las medidas de protección penales con respecto a bienes de gran valor ». A esto añade en la p. 285 que « la responsabilidad del autor se agota en la (no-) ejecución de la acción prohibida u obligada ».

221 JAKOBS, Arm. Kaufmann-GS, p. 282; TIMPE, Strafmilderungen, pp. 176 s. Cuanto más radicales los planteamientos subjetivistas, mayores dificultades de concreción ofrece el deber objetivo de cuidado, ya que se pierde más de vista la estructura típica de los tipos puros de resultado. Para ARM. KAUFMANN, por ejemplo, el objeto de juicio del desvalor de la infracción del cuidado son las « acciones con voluntad, para las cuales es justamente también jurídicamente relevante el contenido de la voluntad » (Strafrechtsdogmatik, p. 139; Welzel-FS, pp. 409 s.). La doctrina final de la acción, después de WELZEL, que nunca perdió contacto con el Derecho positivo, se ha limitado a intentar defender dogmas y no ha ofertado soluciones concretas: SERRANO, Teoría del delito imprudente, p. 359, que defiende las posiciones de STRUENSEE: « la acción final imprudente se articula en torno a una intención desvalorada por tender a la realización de un desvalor de hecho (conjunto de circunstancias consideradas por el legislador como constitutivas de un síndrome de riesgo ya intolerable en relación con bienes jurídicos dignos de protección) »; STRUENSEE, JZ 87, pp. 57 ss.; WEIDEMANN, GA 84, pp. 420, 423; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 185 ss.; el mismo, AK, 15, 16/88 s. Para esta concepción subjetivomonista (HUERTA, Contenido, pp. 25 ss.) la infracción voluntaria de un reglamento no sólo es un injusto administrativo-policial, sino también penal. Ambos ilícitos se confunden y la única diferencia pasa a ser la causación o no de un daño. La teoría del « síndrome del riesgo » adolece de un importante defecto práctico: ¿ Dónde manifiesta el legislador que mientras facilitarle una dosis de droga a un inimputable es una conducta típica de homicidio o lesiones, no lo es facilitársela a una persona responsable ? El finalismo, cuanto más radical en sus planteamientos, más pierde de vista la configuración de los tipos del Derecho positivo. En contra de esta concepción de ARM. KAUFMANN y sus discípulos, SCHÜNEMANN, Schaffstein-FS, p. 174; el mismo, JA 75, p. 512, afirmando que estas concepciones son propias de un estado policial que lo regula todo mediante delitos de peligro abstracto.

2. Esta crítica a la construcción de WELZEL aceptada por la doctrina mayoritaria no significa que no se pueda dar en cierta manera una imprudencia *ex re* al igual que se puede dar un cierto dolo *ex re*. Para los problemas cotidianos son suficientes soluciones estándar. Existe una valoración de lo que es peligroso y de lo que no es peligroso para las situaciones más normales²²². Además, en subsistemas muy reglados, donde los contactos son anónimos, y la integridad de los bienes depende en gran medida del mantenimiento de las « reglas del juego » (el prototipo es el tráfico viario) se da un grado elevado de estandarización. Nadie duda de que infringe el deber de cuidado adelantar sin visibilidad en una curva cerrada bien señalizada, con línea continua y en una carretera con abundante tránsito.

VI.B. Fundamento de la tipicidad en un momento omisivo o hipotético²²³

1. La construcción de WELZEL, debido a las necesidades de defender la doctrina final de la acción se ve abocada a un defecto grave en la construcción de la teoría de las normas. El objeto de desvalor en el tipo imprudente, tanto comisivo como omisivo, no se encuentra en lo que el autor hizo en realidad, sino en lo que el autor omitió: no cumplir el cuidado *obligado* para un prudente y razonable participante en ese sector del tráfico²²⁴.

²²² JAKOBS, PG, 9/2.

²²³ Sobre este tema se han ocupado extensamente en la doctrina española, ARROYO, Seguridad en el Trabajo, pp. 130 ss. y CORCOY, El delito imprudente, pp. 64 ss.

²²⁴ Ejemplos relevantes de esta idea en la doctrina mayoritaria son: ALASTUEY, ADP 92, p. 989; BOCKELMANN/VOLK, PG, p. 158; HALL, Fahrlässigkeit, p. 26; JESCHECK, PG, 54 II 1; MEZGER, JZ 58, pp. 281 s.; el mismo, PG, p. 190; ROEDER, Einhsltung des socialadäquaten Risikos, p. 48, nota 7, con amplias referencias; ROXIN, ZStW 74, pp.417 s. OEHLER, Eb. Schmidt-FS, p. 241, lo reconoce expresamente. Por esa razón ha reinado tradicionalmente en la doctrina una cierta confusión y falta de claridad innecesarias entre la infracción del deber de garante y la infracción del deber de cuidado que conceptualmente resultan diferenciables (en el mismo sentido, BURGSTALLER, WK, 6/58). Para una visión de la situación doctrinal con respecto a esta cuestión: BLOY, Beteiligungsform, pp. 138 ss.; BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, pp. 111 s.; CORCOY, El delito imprudente, pp. 64 ss., 187 ss., 582 ss.; FÜNFSINN, Aufbau, pp. 98 ss.; el mismo, StV, p. 58, con más indicaciones; GALLAS, Verantwortlichkeit, p. 32, con una posición muy influyente en el estado de la cuestión, señalando que la cuestión del deber de garante coincide con la del deber objetivo de cuidado, aunque sigue teniendo sentido una distinción conceptual de ambos, considerando correctamente este autor que el deber de cuidado ha de estar fundado en la posición de garantía del omitente y que la medida del cuidado debido no podía exceder de aquello a lo que el omitentes está obligado en virtud de su posición de garantía; JESCHECK, PG, 58 II 2 y 59 VII 3; el mismo, LK, antes de 13/97; KAMPS, Arbeitsteilung, pp. 93 ss.; vid. supra III.C.2.1, las referencias a la construcción de NIESE; MAIWALD, Schüler-Springorum-FS, p. 490; SCHILD, AK, antes de 13/202; VOGEL, Norm, pp. 244 ss., con lo que denomina « teoría de la unidad ». El caos ha llevado a cierto sector de la doctrina española a asumir en ciertos casos el término « casos equívocos de realización típica imprudente » (CORCOY, El delito imprudente, pp. 73 ss., 159, 463 ss.; SILVA, Omisión, pp. 200 ss.) ya que este sector doctrinal considera que se da « la concurrencia en estos supuestos de una imputación omisiva junto a la comisiva » que ha de dilucidarse «

como concurso de leyes, según el principio de subsidiariedad, dando prevalencia a la comisión » por tratarse de « la forma de ataque más grave y acabada del bien jurídico » que « prevalece sobre la más leve ». En tiempos recientes, SILVA, Comisión, pp. 24 ss., ha vuelto a plantear la cuestión.

En tiempos recientes, LASCURAIN, Seguridad e higiene, pp. 236 ss., ha planteado la cuestión de forma extensa. En mi opinión, este autor tampoco llega a una conclusión satisfactoria, aunque parta correctamente de una diferenciación conceptual entre deber de garante y deber de cuidado, posición mayoritaria en la doctrina española (cfr. GOMEZ BENITEZ, PG, p. 606). Sin embargo, me parece interesante recoger aquí su exposición, interesante sobre todo en su referencia a la necesaria distinción entre posición de garante y los deberes concretos de garante derivados de dicha posición:

« Frente a una arraigada opinión que considera la existencia de una superposición total o parcial de los contenidos de los deberes de garantía y de cuidado en los delitos imprudentes de omisión, estimamos defendible la imposibilidad lógica de dicha confluencia. Aunque ambos deberes puedan concurrir simultáneamente en una misma persona y en relación con unos mismos objetos de bienes jurídicos, tendrán contenidos, por definición, diferentes: el cumplimiento del deber de garantía supone la adopción de un comportamiento de evitación de resultados ante un proceso de peligro; el del deber de cuidado, la adopción de un comportamiento de creación de ciertos procesos de peligro para bienes jurídico-penales.

a) Para W. GALLAS, en los ámbitos de riesgo permitido, en los que la inferencia fundamenta un deber de garantía, coincide la cuestión del deber de garantía con la del deber objetivo de cuidado, si bien no carece de significado la diferenciación conceptual entre ambos deberes: « ésta indica que el deber de cuidado debe estar fundado en la posición de garante del omitente; que la medida de cuidado no puede ir más allá de lo que como garante está obligado. A la inversa rige que el que en el campo del delito imprudente el deber de garante sea deber de cuidado ». De este modo « se puede sancionar penalmente a causa de una comisión imprudente mediante omisión a quien lesiona el deber, existente para él como garante, de adoptar determinadas medidas de seguridad o de controlar una acción ajena peligrosa, bajo el doble presupuesto ciertamente de que el resultado lesivo habría sido evitado con el cumplimiento de este deber con una probabilidad rayana en la seguridad y que su entrada fuera previsible para el omitente ».

En la doctrina italiana desarrolla G. GRASSO una crítica parcial a la teoría expuesta, pues, en su opinión, la enunciada correspondencia entre deber de cuidado y deber de garantía puede conducir a la postura extrema ya defendida por NIESE de configurar todos los delitos imprudentes como delitos omisivos impropios. Lo que en realidad aporta la norma objetiva de cuidado, a su juicio, es una delimitación de áreas de aplicación de la posición de garante, contribuyendo a individualizar la medida en la que el garante está llamado a tutelar el bien en cuestión. « La violación de la norma objetiva de cuidado puede entrar en consideración en una doble dirección(...): ante todo en la individualización o en la ejecución del comportamiento de evitación del evento(...); en segundo lugar en la evaluación de la situación conforme al tipo(...). Es evidente que sólo en consideración de la individualización de la acción debida se consigue una intersección y una parcial superposición del deber de garantía y del deber de cuidado, y que, en cambio, para el resto, las dos esferas de obligaciones mantienen su autonomía ».

En nuestra doctrina expone CORCOY BIDASOLO que « el deber de garante indica el deber de cuidado en una limitada área: es un deber de cuidado que sólo existe para el garante. Con la comprobación de la lesión del deber de cuidado del garante se constata, al mismo tiempo, la lesión del deber de garante, sin que se puedan invertir en todos los casos las proposiciones ». Para SILVA SANCHEZ, en sentido similar, « la realización de la conducta peligrosa genera una posición de garante que da lugar a un deber de actuar de determinada manera: esta actuación, debida a consecuencia de ostentar una posición de garante, es, por su parte, constitutiva del 'cuidado debido' ».

b) Las tesis expuestas tienden a confundir, a mi juicio, deber de garantía con posición de garantía y a trasladar el contenido del primero, vaciándolo, al deber de cuidado. Se inutilizan así sus categorías dogmáticas que denominan con conceptos diferentes lo que tiene un contenido distinto. Ni el deber de garantía es un simple deber de actuación sin más, lo que carecería de sentido, ni hay por qué denominar a su concreto contenido, el modo específico de actuación exigido, « deber de cuidado », trayendo así el contenido de un mandato de prohibición a una norma que prescribe una actuación. La distinción teórica esbozada no obsta para que sobre un mismo sujeto puedan recaer deberes de ambas clases, ni para que la infracción del deber objetivo de cuidado origine un deber objetivo de garantía. Lo que sucede es que la infracción de éste suele permanecer en la sombra por la resolución del correspondiente concurso de normas que sanciona la infracción del deber de cuidado.

En los supuestos de riesgo permitido, la creación de éste es, por definición, acorde con el deber objetivo de cuidado, pero implica la atribución tanto de deberes de garantía como de deberes especiales de cuidado al que crea aquel o lo mantiene en su dominio. Si el sujeto crea un peligro nuevo o adicional no permitido infringe el deber de cuidado; si no adopta los medios prescritos de control del riesgo y permite

que éste rebase las barreras de lo permitido, infringe el deber de garantía ».

Hasta aquí la opinión de LASCURAIN. En mi opinión, alguien puede crear « un peligro nuevo o adicional no permitido » infringiendo el deber de cuidado o de forma dolosa. Al mismo tiempo, si un garante « no adopta los medios prescritos de control del riesgo y permite que éste rebase las barreras de lo permitido », es cierto que infringe deberes de garantía que tiene para con determinados resultados. Pero estas infracciones pueden ser dolosas o imprudentes. Por tanto, la clasificación conceptual de LASCURAIN, aunque interesante, parece no llegar al fondo del problema. El garante pues, no responde por cualquier riesgo o resultado. Puede comportarse de forma correcta cumpliendo sus deberes o incumplirlos de forma dolosa o imprudente. Cuando los infringe de forma imprudente el deber de cuidado está estrechamente relacionado con los deberes como garante, ya que de la posición de garante es de donde se deriva el deber de cuidado con ciertos riesgos o con ciertos resultados.

La idea de que lo decisivo en el tipo imprudente es lo que el autor omitió es una opinión bastante extendida en la Jurisprudencia: SS. T. S. de 23 de junio de 1933, donde queda recogida la doctrina de que la imprudencia consiste en que se habría evitado el resultado « si se hubiese conducido con el cuidado y diligencia con el que corrientemente se debe proceder en el ejercicio de la actividad para no violar los derechos de tercero »; 7 de diciembre de 1940; 16 de octubre de 1968 (Pte. Pera); 16 de abril de 1970 (Pte. Escudero); 31 de enero de 1976 (Pte. Escudero); 15 de marzo de 1976 (Pte. Escudero); 22 de marzo de 1976 (Pte. Escudero); 23 de febrero de 1978 (Pte. Vivas); 19 de junio de 1978 (Pte. Díaz Palos); 10 de noviembre de 1978 (Pte. Hijas); 13 de junio de 1980 (Pte. Latour); 21 de noviembre de 1980 (Pte. Gómez de Liaño); 28 de enero de 1981 (Pte. Cotta); 14 de diciembre de 1984 (Pte. Latour); 10 de mayo de 1985 (Pte. Soto); 14 de mayo de 1985 (Pte. Castro): el daño « hubiera podido evitarse mediante la observación y obediencia por parte del agente de las prescripciones de dicha norma » objetiva de cuidado; 4 de septiembre de 1991 (Pte. Martínez-Pereda); 13 de noviembre de 1992 (Pte. Delgado). Más referencias en SILVA, Omisión, p. 204.

Incluso la Jurisprudencia ha considerado los delitos imprudentes como de comisión por omisión (6 de junio de 1973 -Pte. Gil Sáez-; 22 de noviembre de 1976 -Pte. Huerta-) o ha confundido los conceptos de deber objetivo de cuidado y deber de garante: SS. T. S. de 13 de junio de 1981 (Pte. Castro); muy clara la de 12 de noviembre de 1990 (Pte. Soto) afirmando que la jurisprudencia acusa en tales supuestos la coincidencia entre deber de garante y deber objetivo de cuidado, aunque puedan ser diferenciados conceptualmente. JORGE BARREIRO, Omisión, p. 231, ya ha criticado en nuestra doctrina la posición del T. S., resaltando como un grave equívoco el concepto que tiene el T. S. de la imprudencia « como omisión voluntaria del deber de cuidado, llegando a confundir la omisión (el no hacer) con la omisión del deber de cuidado y configurando los delitos imprudentes como de comisión por omisión ». Las críticas que dirige JORGE BARREIRO a la doctrina jurisprudencial son las siguientes:

a) « Propiciar una confusión conceptual entre la acción y la omisión: el cuidado debido no es una acción sino algo que se predica de ésta »;

b) « Al configurar los delitos imprudentes como delitos de comisión por omisión, el T. S. llevaría a convertir todas las imprudencias activas en omisivas y limitaría la responsabilidad por hechos imprudentes sólo a las personas que se encontrasen en situación de garantes ».

Con respecto a la Jurisprudencia, BAJO, PE, p. 8, señala que « si bien en los delitos dolosos la Jurisprudencia ha mantenido un criterio restrictivo para la admisión de la comisión por omisión, en los delitos imprudentes se admitió con mayor amplitud »; GIMBERNAT, Introducción, pp. 139 s.: « Frente a esta actitud restrictiva del TS ante los delitos dolosos, son incontables las sentencias en que se castiga por homicidios, lesiones o daños imprudentes a quien, teniendo un deber jurídico de actuar, se abstiene negligentemente de intervenir y no evita la producción del resultado »; MIR PUIG, PG, p. 327, ha resaltado como « contrasta la extraordinaria resistencia a admitir la comisión por omisión en delitos dolosos con la amplitud, carente de límites definidos, que se concede a la estimación de aquella figura en los delitos imprudentes »; C. MIR PUIG, Posición de garante, p. 262, destaca como « el Tribunal Supremo viene siendo bastante « restrictivo » en admitir la comisión por omisión en los delitos dolosos [...] mientras que en los delitos imprudentes es claramente extensivo »; RGUEZ. MOURULLO, Omisión, pp. 111 ss., con amplias referencias jurisprudenciales hasta los años 60; el mismo, PG, pp. 314 ss.; el mismo, Política criminal, p. 910, ha resaltado como tradicionalmente la Jurisprudencia se muestra restrictiva a la hora de admitir la comisión por omisión en la esfera de los delitos dolosos, pero la suele admitir sin mayores dificultades cuando se trata de delitos imprudentes; ROMEO, Política criminal, pp. 933 s., en el mismo sentido. Recientemente, ALASTUEY, pp. 1000, 1005, 1020, después de un exhaustivo estudio, ha puesto en evidencia como « tradicionalmente, nuestro Tribunal Supremo ha confundido, en los delitos de comisión por omisión culpables, la omisión de acción con la omisión de la observancia del cuidado objetivamente debido ».

Pero no se trata de un problema que haya surgido modernamente, sino que siempre ha acompañado a la evolución del delito imprudente. Ya hemos visto como la dogmática de la imprudencia ha ido vinculada a la idea de la *obligatio ad diligentiam*²²⁵. En la época en la que dominaba una teoría psicológica de la culpabilidad el fundamento de la imprudencia residía en una « omisión espiritual ». La teoría normativa de la culpabilidad la convirtió en una omisión del cumplimiento de lo mandado por la norma de cuidado. La novedad que aporta WELZEL es sistemática: el mandato de la norma de cuidado afecta al tipo (materia de desvalor).

2. En el tipo imprudente se desvalora el que el autor no haya elegido los medios para su fin que mandaba la norma. El tipo imprudente no se fundamenta en lo que realmente hizo el autor, sino en lo que debería haber realizado con una mejor dirección final. Así afirma WELZEL²²⁶ que « el contenido decisivo del injusto de los delitos imprudentes consiste en la desproporción de la acción emprendida realmente frente a aquella conducta que habría tenido que observarse de acuerdo con el « cuidado exigido en el tráfico » »²²⁷. Para el finalismo y gran parte de los partidarios de una « teoría personal del injusto » los delitos de homicidio o lesiones imprudentes consisten en una acción penalmente irrelevante que concurre con una omisión de un deber que es la que fundamenta que esa acción adquiera un significado típico. Lo que se desvalora no es la finalidad de la acción, sino la no prestación de una acción ausente. Es decir, el fundamento del injusto se encuentra en un momento omisivo o hipotético²²⁸. Así, por

Incluso el propio T. S. en la sentencia de 21 de abril de 1989 (Pte. Moyna) ha admitido que admitió sin inconvenientes la participación delictiva mediante omisión en los delitos imprudentes, pero no así en los delitos dolosos. Esta confusión es debida a una razón casuística: en la práctica la delincuencia imprudente se da en ámbitos en los que existen indubitadas posiciones de garante (tráfico, seguridad e higiene en el trabajo, etc.).

²²⁵ La idea del delito imprudente como un delito de omisión siempre ha estado vinculada a la idea del cuidado debido: vid. a título de ejemplo, GRAF ZU DOHNA, ZStW 27, pp. 330 ss., para el que hablar de acción imprudente es una *contradictio in adiecto*, y el elemento central de la imprudencia es la omisión del cuidado necesario para la vida social; RADBRUCH, ZStW 24, pp. 346 s., para el que la imprudencia es la no realización de una acción interna y la omisión la de una acción externa. Exposición de la doctrina alemana en FÜNF SINN, Aufbau, pp. 40 ss., 48 ss., reflejando con claridad en la propia exposición la confusión existente.

²²⁶ Bild, p. 31.

²²⁷ MUÑOZ CONDE, PG, p. 261: « El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar ».

²²⁸ BINAVINCE, Die vier Momente, p. 20; BUSTOS, Culpa, pp. 44 ss.; LAMPE, ZStW 101, pp. 42 ss.; NOWAKOWSKI, JZ 58, pp. 336 s.; NUÑEZ BARBERO, ADP 74, p. 113; ROXIN, Política criminal, p. 92; SCHMIDHÄUSER, Schaffstein-FS, pp. 149 ss.; SCHROEDER, ZStW 91, pp. 262 s.; el mismo, LK, 16/158; el mismo, JZ 89, p. 779; WELP, Vorangegangenes Tun, p. 119, con más referencias; WOLTER, GA 77, p. 268. Ello no significa que se afirme (como objeta WEIDEMANN, GA 84, pp. 415 ss.) que el delito imprudente se convierta en un delito de omisión. La crítica va sólo referida al fundamento del injusto imprudente.

ejemplo, STRATENWERTH²²⁹ mantiene en la actualidad que en el delito imprudente « la acción debe ser típica si no cumple la medida objetiva de cuidado » y « se describe de forma negativa ».

3. A la doctrina mayoritaria no le ha satisfecho, evidentemente, esta construcción nomológica. Por ello se afirma en la literatura especializada que, al menos en los supuestos de comisión, el autor imprudente no está obligado a cumplir el mandato de una regla de cuidado, sino a tener cuidado con un riesgo o con una conducta²³⁰. De acuerdo con el Derecho positivo, al autor imprudente no se le impone una pena por haber omitido una determinada conducta, sino por haber matado o lesionado.

4. Por ejemplo, BINA VINCE tiene en cuenta para la estructuración del delito imprudente « cuatro momentos » a diferenciar. Para este autor el momento fundamentador del injusto es el « momento de la omisión »²³¹. « El momento de la omisión » de la imprudencia es la « inobservancia del cuidado »²³². Y llega a la siguiente conclusión: no existe el delito imprudente de omisión porque la omisión de una

²²⁹ PG, nº marg. 1095.

²³⁰ BINDING, Normen IV, pp. 322 ss.; BLOY, Beteiligungsform, pp. 227 ss.; BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 32 s., nota 7; el mismo, WK, 6/57; BUSTOS, Culpas, pp. 50 s.; ENGISCH, MonSchrKrim 39, pp. 426, criticando a Eb. SCHMIDT; FÜNF SINN, Aufbau, pp. 57 s.; GIMBERNAT, ADP 94, p. 46; JAKOBS, Studien, pp. 65 ss.; el mismo, PG, 9/6, con más referencias; KAMPS, Arbeitsteilung, pp. 93 ss.; ARM. KAUFMANN, Strafrechtsdogmatik, pp. 139 s. (con una concepción distinta a la mantenida en Normentheorie, pp. 284 s. y Dogmatik der Unterlassungsdelikte, pp. 168, 180 ss.); LUZON PEÑA, PG, p. 500; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/23; NOWAKOWSKI, JZ 58, pp. 337, 389; OEHLER, Eb. Schmidt-FS, p. 241; PAEFFGEN, Verrat, p. 139; REHBERG, Risiko, pp. 134 ss.; RÖTTGER, Unrechtsbegründung, p. 45, con más referencias; ROXIN, Grundlagenprobleme, p. 176; el mismo, PG, 24/12; el mismo, Política criminal, p. 92; el mismo, Chengchi Law Review, p. 230; SCHMIDHÄUSER, Studienbuch, 12/51 ss.; SCHROEDER, LK, 16/158; SCHÜNEMANN, Schaffstein-FS, p. 163; TOEPEL, Kausalität, pp. 39 ss.; TRIFFTERER, PG, p. 300; WELP, Vorangegangenes Tun, p. 213; WOLTER, GA 77, p. 268.

BACIGALUPO, PG, pp. 242 s., señala como « es preciso advertir ya, sin embargo, que toda forma de culpa o imprudencia contiene un momento negativo (la falta de diligencia, de cuidado, de prudencia,) que no debe confundirse con la omisión de la acción. Es posible una acción positiva sin el debido cuidado, tanto como una omisión sin el cuidado exigido. En otras palabras, en el delito culposo de comisión la falta de cuidado no afecta al carácter comisivo del hecho ».

Rebaten las críticas, BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 32, nota 7; KAMINSKI, Der objektive Maßstab, p. 17, en su defensa de la construcción del tipo de injusto imprudente de WELZEL, aunque incurre en los mismo defectos que se critican por parte de la doctrina mayoritaria: « En todo caso no es correcto que la referencia de la idea de cuidado tenga que conducir a tal equivocación. Si se habla de acción contraria a deber, se hace la acción -es decir, un hacer- objeto de la valoración, y la desatención del cuidado con respecto a esta acción es únicamente el concepto del que se sirve la valoración de la conducta. La tesis de que el aspecto de la infracción del deber conduce a un cambio de sentido de los delitos imprudentes de comisión de manera que se traslada la fundamentación del injusto a un momento omisivo, no es, por ello, correcta », y en la p. 36 reconoce que tradicionalmente se ha venido produciendo una confusión; KÜPPER, Grenzen, p. 76, en su monografía que tiene como objetivo la defensa del sistema de WELZEL.

²³¹ Die vier Momente, pp. 37 ss.

²³² P. 48.

omisión es, dogmáticamente, un sinsentido²³³. Otro autor, ZIELINSKI²³⁴, considera que el fundamento de la tipicidad imprudente se encontraría en el desempeño de una acción *sin haber* adoptado las precauciones que harían que el comportamiento se mantuviera dentro de ciertos niveles permitidos. Este elemento especial del deber denominado *ohne zu Komponente* (« componente sin haber ») fundamenta el tipo²³⁵. Sin embargo, es preciso objetar que, en realidad, no se desvalora conducir un automóvil « sin haber » guardado la distancia de seguridad o poner en marcha una central nuclear « sin haber » respetado las fases establecidas en la ley, sino que ese « componente sin haber » evidencia una falta de cuidado con un riesgo. Por otro lado, no se dice cómo se determina ese « componente sin haber ». El mejor ejemplo de confusión nomológica proviene de otro discípulo de WELZEL: STRATENWERTH²³⁶. Este autor afirma sin ambages que el delito de omisión « tiene en común con el delito imprudente de comisión que se deja de realizar la acción obligada [...] La acción obligada no puede, por consiguiente, compararse con una real, sino que sólo puede preguntarse si el autor era capaz de realizarla. *Esta es la misma cuestión que en el delito doloso de omisión* »²³⁷. La relevancia del momento omisivo evoluciona en la obra del autor suizo hasta el punto de que convierte toda conducta imprudente en una omisión: no realizar la acción obligada que consiste en evitar la lesión de bienes jurídicos actuando conforme indica la norma. La consecuencia es que, al igual que en la omisión, el cumplimiento de la norma de cuidado depende de la capacidad individual del autor para cumplir la norma. Así llega a defender, a diferencia de las conclusiones a las que llega su maestro, una « individualización de la medida de cuidado »²³⁸. Debido a que el mandato de cuidado sólo puede ir referido al hacer posible, el no cumplimiento del mandato depende de las posibilidades que tenga a su alcance al autor. Si a éste no se le puede exigir, debido a sus circunstancias personales, cierta cualificación o capacidad, no realiza el tipo. La doctrina mayoritaria le ha reprochado a STRATENWERTH el siguiente error de base en su construcción: « En los delitos de comisión imprudente se infringe una prohibición, no un mandato »²³⁹.

233 P. 42.

234 Handlungsunwert, pp. 168 ss., 254 ss. En su contribución al AK pierde de vista esta construcción. Un antecedente de la formulación de ZIELINSKI en ARM. KAUFMANN, Strafrechtsdogmatik, p. 140; el mismo, Welzel-FS, p. 410. En contra, KINDHÄUSER, GA 94, p. 211, nota 48; KREY, ZStW 90, pp. 206 s.

235 P. 174.

236 Schw. Str. 16/10 ss., 17/1 ss, PG, nº marg. 1099 s., Jescheck-FS, pp. 301 s. De acuerdo con este autor en la literatura española, ZUGALDIA, ADP 84, p. 332

237 PG, nº marg. 163 (Schw. Str. 7/19). Sin cursiva en el original.

238 PG, nº marg. 1099. Así se titula su contribución al Jescheck-FS, pp. 285 ss. Sobre este tesis en el primer WELZEL, vid. supra III.C.1.

239 DEDES, Bockelmann-FS, pp. 437, 441; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 81; HIRSCH, ZStW 94, pp. 268 ss.; KAMINSKI, Der objektive Maßstab, pp. 80 ss.; ARM. KAUFMANN, Welzel-FS, p. 406; MYLONOPOULOS, Verhältnis, p. 103; SAMSON, SK, anexo a 16/14 a; SCHMIDHÄUSER, Schaffstein-FS, pp. 150 ss.; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 514; SERRANO, Teoría del delito imprudente, pp. 177 s.; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 170 s., nota 78 a; el mismo, AK, 15/16/ 88. STRATENWERTH, Jescheck-FS, pp. 290 ss. replica a sus contradictores e insiste en la siguiente cuestión: ¿ Porqué en los delitos de omisión son relevantes como límite típico los conocimientos y capacidades individuales mientras que en los delitos de comisión ello no es aceptable ?

VII. El papel del resultado en el tipo de injusto del delito imprudente según WELZEL

1. WELZEL representa, a mi modo de ver, el autor con mayor influencia en la teoría moderna sobre el papel del resultado en los tipos de homicidio o lesiones imprudentes, habiendo sabido ocupar una posición ecléctica²⁴⁰. Esta posición intermedia se debe a dos razones. Por un lado, WELZEL, como gran dogmático, se dio cuenta de que el Derecho positivo le exigía que la infracción del deber objetivo de cuidado tuviera como consecuencia un resultado lesivo. Por otro, la estructura final de la acción le suscitaba unos problemas en el ámbito del delito imprudente que no se presentaban en el del delito doloso. En el delito doloso, a diferencia del imprudente, el resultado lesivo se encuentra abarcado por la voluntad del autor y, por tanto, forma parte de la acción dirigida finalmente²⁴¹. Por estas razones WELZEL y sus partidarios menos radicales han llegado a la siguiente conclusión sobre el papel del resultado en los tipos de homicidio, lesiones o daños: se trata de un elemento adicional que tiene una mera función restrictiva, limitadora o de otorgamiento de relevancia, pero en absoluto constitutiva²⁴². El resultado, aunque era considerado un elemento integrante del injusto, sólo servía para seleccionar conductas típicas. Esta era la función que WELZEL le otorgó al resultado en el marco de la « teoría personal del injusto », ya que el Derecho positivo le obligaba a tenerlo en cuenta como elemento del tipo de homicidio o lesiones. Este elemento, pues, servía para elegir cuáles de las muchas conductas imprudentes que se pueden dar merecen ser combatidas mediante la *ultima ratio* del ordenamiento. La aparición del resultado no aumentaba el injusto y su ausencia no lo disminuía. La conducta era *eo ipso* antijurídica, con indiferencia de que se realizara o no el resultado. De esta manera alteraba el fundador del finalismo la concepción del tipo imprudente existente en su época: de identificarse éste con la pura causación del resultado y considerarse dicha causación elemento

Esta cuestión no es novedosa, sino que siempre ha acompañado a la doctrina del delito imprudente: ENGISCH, Untersuchungen, p. 356; el mismo, MonSchrKrim 39, pp. 420 s.; MAIWALD, JuS 81, p. 479.

²⁴⁰ Cfr. GUALLART, ADP 79, pp. 619, 630 ss.; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 443

²⁴¹ Cfr. HIRSCH, ZStW 94, p. 248.

²⁴² HIRSCH, ZStW 94, pp. 254 ss., para el que el resultado es un elemento del tipo situado junto al desvalor de la acción, pero vinculado a éste mediante una relación de riesgo; SCHAFFSTEIN, Welzel-FS, pp. 559 ss., de forma matizada; WELZEL, PG, p. 136; el mismo, Bild, pp. XII, 31. De esta manera se corroboraban una vez más las tesis formuladas por ENGISCH en Untersuchungen, p. 342 y *passim* y Kausalität, pp. 61 ss. Sobre las razones de WELZEL para tener en cuenta el resultado como elemento integrante del injusto, BINA VINCE, Die vier Momente, pp. 225 s. Sobre el diálogo científico de BINA VINCE con WELZEL, SERRANO, Teoría del delito imprudente, pp. 223 ss.

constitutivo²⁴³, pasa a considerarse el desvalor de la conducta como el elemento esencial, pero sin prescindir de tener en cuenta el resultado como parte integrante del tipo de injusto²⁴⁴. WELZEL, junto con ENGISCH, sentó las bases de una moderna teoría de la imputación del resultado. Distinguió dos problemas completamente distintos en los tipos puros de resultado: la creación de un riesgo no permitido y la imputación del resultado. Para este autor el resultado no era una mera condición objetiva de punibilidad, sino que era preciso imputar el resultado a la conducta. Para ello intentó fijar criterios de imputación del resultado para determinar la específica relación de riesgo entre conducta y resultado: « La producción del resultado tiene que ser precisamente la realización de la infracción del cuidado »²⁴⁵. WELZEL siempre tuvo claro que el delito imprudente de resultado no era un delito de peligro abstracto con condición objetiva de punibilidad, ya que no basta cualquier resultado que se cause mediante una conducta infractora del deber para imponer una pena por imprudencia en el Derecho alemán. Si se llega a considerar el resultado y su imputación como una mera condición objetiva de punibilidad, no es preciso exigir una especial vinculación normativa entre conducta y resultado, convirtiéndose el tipo imprudente en una mera yuxtaposición entre ambos. Los efectos de las condiciones objetivas de punibilidad se dan con su mera presencia. El entender el resultado como condición objetiva de punibilidad tendría como consecuencia que la constatación de una relación causal absolutamente insólita e inimaginable entre una infracción administrativa y un resultado de muerte supondría un homicidio imprudente. Para evitar esta desvirtuación de los tipos de resultado, WELZEL exigió esa especial vinculación normativa entre la infracción del deber de cuidado y la producción del resultado. Tal exigencia se ha convertido en un argumento clásico para tener en cuenta el

243 Cfr. GUALLART, ADP 79, pp. 625 s.

244 BINA VINCE, Die vier Momente, p. 223.

245 WELZEL, PG, p. 136; el mismo, Abhandlungen, p. 330. En el mismo sentido, BOCKELMANN/VOLK, PG, p. 162; BUSTOS, PG, p. 370; CEREZO, Problemas, p. 35; el mismo, ADP 83, pp. 495 ss., con abundantes citas; el mismo, PG, pp. 435 ss., también con abundantes citas; HIRSCH, ZStW 94, p. 254; ROMEO, El Médico, p. 85. En contradicción con sus premisas, SERRANO, Teoría del delito imprudente, pp. 336 ss., exige, obligado por nuestro Derecho positivo, « la adecuación del resultado lesivo al desvalor de la acción ». De esta manera introduce elementos objetivo-normativos en el tipo que no tienen que ver con la finalidad del autor. La « relación de antijuridicidad » es también exigida por todos los finalistas que consideran que el resultado no forma parte del injusto y es sólo una condición objetiva de punibilidad, ya que sólo así el resultado puede desempeñar su función relacionada con la punibilidad: ARM. KAUFMANN, ZfRV 64, pp. 53 s.; SCHÖNE, CPC 77, pp. 69 ss.; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 205 ss. (cfr. CURADO, Comportamiento lícito, pp. 42 s.).

En contra, BERISTAIN, Cuestiones, pp. 118 s., 266 s.

El T. S., desde una perspectiva más causalista, exige que el daño causado sea consecuencia obligada de la falta de previsión del agente (SS. T. S. de 17 de diciembre de 1974 -Pte. Vivas-, con más referencias; 10 de noviembre de 1978 -Pte. Hijas-; 22 de abril de 1981 -Pte. Cotta-) o que sea consecuencia natural y lógica de las acciones u omisiones negligentes (22 de mayo de 1979 -Pte. Cotta-).

resultado y su imputación como elemento del injusto²⁴⁶. A pesar de las indudables ventajas prácticas de su sistema, WELZEL nunca pudo fundamentar materialmente desde el finalismo dicha especial vinculación normativa²⁴⁷. Ni las « razones de practicabilidad » (la infracción del deber de cuidado con consecuencias es más palpable que la que carece de ellas) ni los sentimientos irracionales de la comunidad respetados por el legislador (« la cosa no era tan grave cuando todo ha terminado bien »²⁴⁸) pueden ofrecer algún punto de partida materialmente válido. Si el fundador de la « doctrina final de la acción » no quería dejar de tener en cuenta el resultado como un elemento integrante del tipo, tenía que haberle otorgado una función constitutiva en el homicidio y las lesiones consumadas. Tal ausencia de explicación supone el gran defecto de la construcción de WELZEL.

2. WELZEL utiliza dos instrumentos de verificación de la relación normativa entre la infracción del deber de cuidado y la producción del resultado: a) tanto en el ámbito del delito imprudente como en el del delito doloso²⁴⁹, la « teoría de la adecuación » y el *topos* de la « previsibilidad objetiva »²⁵⁰ y b) exclusivamente en el ámbito del delito imprudente la comparación con la conducta alternativa no infractora de la regla general de cuidado, por lo que si el resultado se hubiera producido igual, no existe esa « relación específica »²⁵¹.

²⁴⁶ Vid. por todos, BINA VINCE, *Die vier Momente*, pp. 222 ss.; MAIWALD, *Wiedergutmachung*, p. 69; WOLTER, *Zurechnung*, p. 129. En contra, MIR PUIG, *Función*, p. 70, con nota 94, para el que la imputación del resultado es necesaria para que éste desempeñe su función indiciaria o probatoria del injusto.

²⁴⁷ Cfr. SUAREZ MONTES, *Welzel-FS*, pp. 389 ss.

²⁴⁸ WELZEL, *PG*, p. 137.

²⁴⁹ WELZEL, *PG*, pp. 46 s., 73. En tiempos más recientes, TRIFFTERER, *Bockelmann-FS*, pp. 220 ss. y *passim*.

²⁵⁰ WELZEL, *PG*, pp. 46, 135 ss. En España, CEREZO, *ADP* 83, pp. 479 s. (incluida nota 35), 495 ss., admite este criterios y añade el criterio más moderno del « fin de protección de la norma »; SUAREZ MONTES, *Welzel-FS*, p. 392. Cfr. KRÜPELMANN, *Bagatelldelikte*, p. 81. JAKOBS, *Studien*, pp. 89 ss., lo denomina como « finalidad general de la norma ».

²⁵¹ WELZEL, *PG*, p. 136. ENGISCH, *Kausalität*, pp. 65 ss. denomina esta relación específica como « relación de antijuridicidad » al tener en cuenta el riesgo permitido como una causa de justificación. La expresión ha hecho fortuna en la literatura especializada: BACIGALUPO, *PG*, p. 246; BINDOKAT, *JZ* 77, p. 550; CRAMER, *Schönke/Schröder*, 15/129, 161 ss., en especial 163; EBERT, *Jura* 79, pp. 565, 571; ERB, *Alternativverhalten*, pp. 70 s., 290, con más referencias y *passim*; el mismo, *JuS* 94, pp. 455 s.; JESCHECK, *PG*, 55 II 2 b); JORGE BARREIRO, *Imprudencia*, p. 64; el mismo, *Omisión*, p. 228; LAMPE, *ZStW* 101, pp. 40 s., en un artículo dedicado a ENGISCH, utiliza esta nomenclatura, definiendo tal relación como la exigencia de « una realización típica de la infracción del deber en el resultado »; MÜNZBERG, *Verhalten*, p. 120; ROMEO, *El médico*, pp. 84 s.; el mismo, *ADP* 90, p. 448; SAMSON, *SK*, anexo a 16/24 ss.; ZUGALDIA, *RDCirc.* 81, p. 347.

BACIGALUPO ha trasladado el criterio de « conexión de la antijuridicidad » entre el incumplimiento del deber de cuidado y el resultado producido a las SS. T. S. de la que es ponente: 24 de noviembre de 1989; 26 de marzo de 1994. En otras SS. T. S. también se ha utilizado esta misma terminología como, por ejemplo, en la de 12 de junio de 1990 (Pte. Manzanares).

Esta denominación también ha sido utilizada por el T. S. austriaco (cfr. BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 97).

VII.A. La « previsibilidad objetiva » como « realización del riesgo »

1. La « teoría de la adecuación », especialmente en el ámbito del delito imprudente, no delimitaba en un principio muy bien los problemas que tenían que ver con la creación del riesgo y los que tenían que ver con la realización del mismo²⁵². El *topos* de la « previsibilidad objetiva » desempeñaba ambas funciones²⁵³. La « doctrina final de la acción », con su distinción entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, supuso una contribución decisiva para esta delimitación sobre la que ya había profundizado la « teoría de la adecuación » (especialmente ENGISCH con su diferenciación entre adecuación en sentido amplio y adecuación en sentido estricto²⁵⁴). De esta manera, tanto en el tipo doloso como en el tipo imprudente, no sólo se exigía la

ENGISCH desarrolló una idea que hoy en día es indudable: el resultado causado por el autor tiene que ser ; precisamente ! la realización del peligro creado de forma contraria a deber, ya que sólo así puede fundamentar un injusto imprudente. Sobre la literatura y jurisprudencia alemanas, JAKOBS, Studien, pp. 101 ss.; OTTO, NJW 80, p. 420. Cualquier manual o monografía que trate sobre el delito imprudente o la imputación de resultados de los últimos treinta años se ocupa de este problema, con una u otra denominación. Por ello no es preciso realizar una interminable recopilación bibliográfica. En contra de tener en cuenta una conducta alternativa adecuada a Derecho como criterio para limitar la imputación de resultados a la conducta infractora del deber en la literatura especializada de esta segunda mitad de siglo: BERISTAIN, Cuestiones, pp. 118 s., 266 s.; BINAVINCE, Die vier Momente, pp. 218 ss.; BINDOKAT, JZ 77, pp. 551 s. y JuS 85, pp. 32 ss.; KIRSCHBAUM, Vertrauensschutz, pp. 136 ss.; SPENDEL, Eb. Schmidt-FS, pp. 187 ss. y JuS 64, pp. 18 s.

ENGISCH ejemplifica su posición con un caso entresacado de la jurisprudencia por EXNER, Frank-FG, p. 584, en el que un vendedor de artículos pirotécnicos deja en su lugar a otra persona sin avisarle de los avisos que le tiene que dar a los posibles compradores. A pesar de la falta de advertencia, el sustituto informa perfectamente a los clientes. De todas maneras, un cliente sufre un accidente. ENGISCH soluciona este caso diciendo que el peligro creado no se ha realizado. ENGISCH quería plantear que no se había realizado un peligro que no fuera el propio de la venta de esos productos, ya que el cliente fue correctamente informado. Es decir, sólo suponen realización de la infracción del deber de cuidado ciertos peligros, no todos.

La importancia de este criterio se puede apreciar en la S. T. S. de 12 de junio de 1990 (Pte. Manzanares): « No existen tales infracciones criminales cuando el resultado no ha sido producido causalmente por la acción -u omisión- del autor, y para la imputación objetiva no basta con el nexo estrictamente causal, sino que se precisa también, dentro ya de la propia relación de antijuridicidad, que el resultado hubiera podido evitarse mediante una conducta cuidadosa y que, además, la norma infringida se orientara a impedir el resultado en un caso como el realmente ocurrido. Se llega así a lo que algún prestigioso jurista denomina supuesto del comportamiento alternativo a derecho, negando el nexo de antijuridicidad si ese resultado causal por un hacer una omisión descuidados se hubiera producido igualmente pese a haberse prestado mayor atención. Luego, la doctrina dimanante resuelve las dudas al respecto entendiendo que ha de absolverse siempre que no conste con probabilidad rayana en la seguridad que el resultado se habría evitado con un comportamiento correcto ».

²⁵² Cfr. REYES, Imputación, pp. 271 s.

²⁵³ Aunque en la literatura actual sigue sin estar claro en muchos autores si la « previsibilidad objetiva » cumple el papel de determinar el cuidado necesario en el tráfico o de imputar el resultado (cfr. RÖTTGER, Unrechtsbegründung, p. 46, con nota 73). Se trata de uno de los temás más controvertidos y discutibles de la dogmática tradicional de la imprudencia.

²⁵⁴ Untersuchungen, pp. 78 s.

LUZON PEÑA, PG, pp. 378 ss., insiste en que hay que distinguir entre adecuación de la acción y adecuación del resultado.

creación de un riesgo de muerte o lesiones (objetivamente previsible), sino que precisamente se demostrara con una perspectiva *ex post* que ese riesgo y no otro era el que se había realizado en el resultado. La « realización del riesgo » se convierte así en un elemento imprescindible de los delitos de resultado consumados²⁵⁵. Después de las aportaciones de WELZEL no cabe ninguna duda de que el tipo de los arts. 138 ss. o de los arts. 147 ss. C. P. exigen para su consumación algo más que la mera constatación de que una conducta contraria a deber ha condicionado la aparición de un resultado.

VII.B. Las « conductas alternativas adecuadas a Derecho »

1. Si la exigencia de la realización del riesgo es una consecuencia lógica de la creación del mismo (« previsibilidad objetiva » *ex ante* y *ex post*), el criterio de la conducta alternativa adecuada a Derecho es el reverso del momento normativo del deber de cuidado (el riesgo permitido). Si el deber de cuidado se ve determinado mediante la comparación con el baremo de la conducta de un razonable y prudente participante del tráfico, parece lógico que no se le pueda imputar un resultado a una persona si ese comportamiento hipotético correcto tampoco hubiera evitado el resultado. La idea de que el fundamento del tipo imprudente no se encuentra en el comportamiento efectiva y realmente llevado a cabo, sino en el incumplimiento de la conducta debida, tiene como consecuencia que desde tiempos remotos se utilice como criterio de imputación del resultado a título de imprudencia el método de comparar la conducta violadora del deber de diligencia con la hipotética conducta alternativa adecuada a Derecho²⁵⁶. Pero este método hipotético para excluir la imputación de resultados, adolece de los mismos defectos que tenía para determinar el alcance del deber de cuidado. El finalismo no es el primero que se fija en el problema, pero WELZEL con su nuevo sistema deja claro que

²⁵⁵ Sobre la « realización del peligro » como elemento del injusto son decisivos los profundos trabajos dogmáticos de ENGISCH, Untersuchungen, p. 362 y Kausalität, pp. 61 ss. (p. 68: « Existe siempre tentativa no sólo si falta una relación de condiciones, sino también si, aunque el resultado esté condicionado por la conducta peligrosa, no está condicionado en la « realización del peligro ». Vid., además: BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 96 ss.; FRISCH, Vorsatz, pp. 119 s.; GIMBERNAT, ADP 62, p. 544: « aquí interesa comprobar la existencia de una relación material: el agente responde por delito consumado sólo cuando su comportamiento ha tenido una influencia material sobre el resultado »; JAKOBS, Studien, pp. 89 ss.; KRÜPELMANN, Jescheck-FS, p. 313; KÜPER, Lackner-FS, p. 254; REYES, Imputación, pp. 193 ss., con abundantísima bibliografía; ROXIN, CPC 89, pp. 754 s., reconoce que « el principio de la realización del riesgo está contenido en la teoría de la adecuación »; el mismo, PG, 11/59; SCHLÜCHTER, JA 84, p. 673; SILVA, ADP 84, p. 368, con más referencias; el mismo, La Ley 84, p. 1044; TRIFFTERER, PG, pp. 149 s.

En la Jurisprudencia, SS. T. S. de 12 de junio de 1989 (Pte. Bacigalupo); 3 de noviembre de 1992 (Pte. de Vega); 13 de octubre de 1993 (Pte. Moner).

²⁵⁶ En profundidad, CORCOY, El delito imprudente, pp. 451 ss.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 193 ss.; REYES, Imputación, pp. 231 ss.

esta vieja cuestión sobre la que han caído ríos y ríos de tinta supone un problema del tipo y es consecuencia del principio de que el resultado ha de ser precisamente consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido²⁵⁷. La doctrina mayoritaria y nuestra Jurisprudencia en alguna ocasión²⁵⁸ afirman la relación de causalidad entre acción y resultado, pero niegan la causalidad de la infracción del deber de cuidado²⁵⁹. Con referencia a nuestra regulación anterior, aunque la argumentación siga siendo válida, CEREZO²⁶⁰ insiste con acierto en que « de lo contrario no podría afirmarse que el hecho se ejecutara por imprudencia temeraria o el delito se hubiera cometido por simple imprudencia o negligencia, o que los resultados de muerte o de lesiones graves se hubieran producido *a consecuencia de* impericia o de negligencia profesional ». La comparación de la conducta del autor con la hipotética del razonable y cuidadoso participante del tráfico es un método de ayuda para decidir si el resultado supone la realización de la infracción del deber objetivo de cuidado. Por ello se trata de un criterio que sólo se utiliza en el tipo imprudente, considerándose en general como absurda su transposición al tipo doloso, donde no se acude a ninguna consideración hipotética para fundamentar el tipo²⁶¹. MTNEZ. ESCAMILLA²⁶² centra así una discusión que ha

²⁵⁷ -----
BOCKELMANN, Aufsätze, pp. 203 ss.; BUSTOS, Culpa, p. 74, nota 225: « el resultado ha de pertenecer a la acción descuidada »; CEREZO, Problemas, pp. 34 s.; el mismo, PG, pp. 435 ss.; GIMBERNAT, Causalidad, pp. 140 ss.; GRACIA, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 59; ULSENHEIMER, JZ 69, p. 367, que fue el discípulo de WELZEL que trabajó en profundidad esta idea (en tiempos recientes en Arztstrafrecht, pp. 125 ss.); WELZEL, PG, p. 135. En el sistema clásico se consideraba que existía injusto pero no culpabilidad, porque el resultado era inevitable. Vid. por todos, EXNER, Frank-FG, pp. 583 ss. y RGUEZ. MUÑOZ, Notas a la Traducción del Tratado de Mezger II, pp. 199 s., para los que existía « relación de causalidad » pero no « relación de culpabilidad ». En la actualidad mantienen esta idea en nuestra doctrina, COBO/VIVES, PG, pp. 479 s. Una relación de los autores que trataban esta problemática en el ámbito de la culpabilidad (v. HIPPEL, Eb. SCHMIDT, SPENDEL, etc.), en KAMPS, Arbeitsteilung, p. 121, nota 4. Frente a la tradicional teoría del T. S. alemán de que se interrumpe el nexo causal, FRANK ya afirmaba que la relación causal es evidente, por tanto no reside ahí el problema.

²⁵⁸ S. T. S. de 12 de junio de 1990 (Pte. Manzanares).

²⁵⁹ La doctrina ha objetado a esta expresión que la expresión infracción del deber de cuidado es un juicio de valor que no existe en la realidad y que, por tanto, no puede ser causa de una variación en sentido naturalístico (ERB, Alternativverhalten, p. 32, con abundantes referencias; EXNER, Frank-FG, pp. 583 s.; KINDHÄUSER, JR 85, p. 481; MÜNZBERG, Verhalten, p. 127; OTTO, NJW 80, p. 420; PUPPE, JuS 82, p. 661; la misma, ZStW 95, p. 290; la misma, ZStW 99, p. 601, nota 21; SCHLÜCHTER, JuS 77, p. 105; TOEPEL, Kausalität, p. 51, nota 12). En realidad, los autores que hablan de la causalidad de la infracción del deber quieren referirse a la causalidad de la conducta que infringe el deber. En este sentido, BINAVINCE, Die vier Momente, p. 216; BINDOKAT, JuS 85, p. 32; PUPPE, JuS 82, p. 661; ZStW 95, p. 290; la misma, ZStW 99, p. 601; la misma, NK, antes de 13/190.

²⁶⁰ PG, p. 435. Con cursiva en el original.

²⁶¹ ERB, Alternativverhalten, pp. 262 ss., 297, con más referencias, FRISCH, Tipo penal, pp. 77 s. y ROXIN, CPC 89, p. 760 y PG, 11/79, argumentan, con razón, como se pueden pensar perfectamente supuestos de comparación con conductas alternativas en el delito doloso, pero carecen de relevancia práctica. En realidad, detrás del problema de la imputación del resultado en estos supuestos se encuentra, como se señala en el texto, una errónea visión del deber objetivo de cuidado.

²⁶² Imputación, p. 193.

dominado la teoría del tipo imprudente en los últimos treinta años: « ¿ Qué relevancia posee para la imputación objetiva de un resultado el que con seguridad, probabilidad o posiblemente, ese mismo resultado también se hubiese producido con el comportamiento conforme a Derecho ? ».

Los ejemplos, entresacados de la Jurisprudencia alemana, sobre los que ha girado la discusión son de sobra conocidos²⁶³:

A) Caso de los pelos de cabra²⁶⁴. Un empresario le entrega a sus trabajadoras pelos de cabra procedentes de china para fabricar pinceles. Antes de la entrega no desinfecta los pelos de cabra. Cuatro trabajadoras se contagian y fallecen como consecuencia de una enfermedad. Mediante la prueba pericial no se puede saber con certeza si los desinfectantes pertinentes habrían tenido éxito.

B) Caso del ciclista o del camionero²⁶⁵. El conductor de un camión adelanta a un

²⁶³ Han sido tratados en profundidad, entre otros, por CORCOY, El delito imprudente, pp. 458 ss.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 194 s.; ROXIN, ZStW 74, pp. 411 s.

Más supuestos entresacados de la jurisprudencia alemana y que han contribuido al desarrollo dogmático del problema en ERB, Alternativverhalten, pp. 299 ss.

²⁶⁴ RGSt 63, pp. 211 ss.

²⁶⁵ BGHSt 11, pp. 1 ss., que considera que, aunque existe una relación de causalidad material, mecánica o naturalista ello no es suficiente para imputar el resultado a la conducta infractora del deber porque no existe una relación causal en sentido jurídico-penal (p. 7). Esta sentencia está recogida en JZ 58, pp. 280 ss., con un breve comentario de MEZGER. Este asume el fallo de la sentencia y la tiene en cuenta como una muestra de la corrección de su « teoría de la causalidad relevante ». Afirma que si el resultado se hubiera causado igual mediante una conducta correcta, no existe una relación causal entre acción y resultado relevante para el tipo de homicidio. La sentencia del LG de Colonia recogido en JZ 67, pp. 449 ss. con comentario de WESSELS (al que a su vez comenta HARDWIG, JZ 68) que versa sobre una extracción dental en la que no se realizaron las pruebas previas pertinentes a la anestesia a pesar del historial médico de la paciente llega a la misma conclusión: la conducta infractora del deber no ha sido causal en sentido jurídico-penal. Las posibles variantes de esta sentencia son desarrolladas por OTTO, Maurach-FS, p. 103. La remisión a la « causalidad jurídica » en supuestos como éste del camionero se pueden encontrar también en la literatura alemana (por ejemplo, OEHLER, Eb. Schmidt-FS, pp. 238 s. y otros autores recogidos por TOEPEL, Kausalität, p. 49, nota 2) y en más sentencias del BGH (además de 11, p. 7): BGHSt 21, pp. 60 s.; 24, p. 34; 33, pp. 63 ss.; BGH VRS 15, pp. 39 y 376; 16, pp. 437 s., 442; 18, p. 180; 20, p. 133; 21, p. 342; 23, p. 370; 24, p. 206; 26, p. 204 s.; 25, p. 263; 32, p. 37; 36, p. 36; 37, p. 278; 54, pp. 436 s.; OLG Frankfurt VRS 41, pp. 34, 36; OLG Hamm VRS 10, p. 461; OLG Hamm VRS 25, p. 124; OLG Köln, VRS 29, p. 118. WESSELS, JZ 67, p. 451 critica este criterio de la « causalidad jurídica », al igual que posteriormente lo han hecho autores como ROXIN, ZStW 74, pp. 421 ss. o SAMSON, SK, anexo a 16/26. SCHROEDER, LK, 16/188, con más referencias, señala el rechazo general de la doctrina alemana a la resolución de estas cuestiones por el T. S. alemán en sede de la causalidad.

En este momento no me detendré en analizar el *topos* de la « causalidad jurídica », que será objeto de estudio infra X en el marco de la doctrina de nuestro T. S. Pero es preciso señalar que nuestro T. S. también afirma en estos casos la relación de « causalidad material » entre acción y resultado, pero niega la existencia de « causalidad jurídica », de « causalidad moral o espiritual » o la « relevancia jurídica de la causalidad ». Ejemplos: 24 de junio de 1958 (Pte. Quintano); 15 de marzo de 1976 (Pte. Escudero), conductor que en un cruce en vez de a 20 km/h va a 30 km/h, chocando contra el lateral del automóvil un menor en bicicleta que carece de preferencia. Cfr. CORCOY, El delito imprudente, pp. 431, 456, con abundantes referencias jurisprudenciales; LUZON, Circulación, p. 48, nota 1.

ciclista sin guardar la distancia de seguridad prevista en el precepto correspondiente (realiza el adelantamiento a una distancia de 75 cms. en lugar de los 100 a 150 cms. preceptuados). Durante el adelantamiento el ciclista, en estado de embriaguez (con una concentración de alcohol en sangre de 1,96 %), debido a una reacción en cortocircuito, gira la bicicleta hacia la izquierda y cae bajo las ruedas traseras del remolque del camión, falleciendo como consecuencia del accidente. Se prueba que aunque se hubiera mantenido la correcta distancia de seguridad, el resultado mortal se habría realizado igualmente, casi con completa seguridad, debido al estado de embriaguez del ciclista.

C) Caso de la novocaína²⁶⁶. A un niño se le administra como anestesia cocaína en lugar del narcótico indicado conforme a la *lex artis* (novocaína). El niño fallece. En la autopsia se descubre la particular y extraña anomalía física del niño que le habría producido rechazo contra todo tipo de anestesia.

D) Caso del farmacéutico²⁶⁷. Un farmacéutico despacha con receta médica un preparado de fósforo a la madre de un niño raquíico. La operación se repite en varias ocasiones pero sin que el farmacéutico exija entrega de la receta reglamentaria. El niño sufre una intoxicación aguda como consecuencia del tratamiento que le produce la muerte. En la prueba pericial se demuestra que la intoxicación carecía de síntomas evidentes, por lo que no queda excluido que el médico, de ser consultado, hubiera continuado con el tratamiento²⁶⁸.

ROXIN, que ha protagonizado la discusión sobre este tema en los últimos treinta años, considera que existen tres circunstancias que le dan unidad a todos estos casos: a) El acusado no se ha comportado de forma correcta, b) existe una indudable relación de causalidad entre la acción y el resultado²⁶⁹ (el autor causa en sentido fáctico el resultado) y c) el resultado también se podría haber producido o se habría producido si el autor se hubiera comportado de forma correcta. Yo, por mi parte, resaltaría que todos estos hechos se producen en el marco de actividades con riesgos especiales permitidos (industria, tráfico viario, medicina) que gozan de reglas generales de conducta, bien por medio de reglas jurídicas (seguridad e higiene en el trabajo, tráfico viario, actividades

²⁶⁶ Sentencia del RG de 15 de octubre de 1926. Transcrita por EXNER, Frank-FG, pp. 587 s.

²⁶⁷ RGSt 15, pp. 151 ss.

²⁶⁸ La doctrina alemana ha tratado más casos. Por ejemplo, el de BGHSt 21, pp. 59 ss., en la que se narra como un dentista realiza a una paciente muy obesa una anestesia total con clorotilo sin acudir a un internista. La paciente muere, pero probablemente cualquier internista habría considerado que podía llevarse a cabo la anestesia.

²⁶⁹ BUSTOS, Culpa, p. 71; EXNER, Frank-FG, pp. 583 s.

farmacéuticas) o de la *lex artis* (medicina). Se trata de supuestos en los que se demuestra o en los que caben dudas sobre si las reglas generales de cuidado tenían alguna utilidad en una situación como esa.

2. La cuestión de las conductas alternativas adecuadas a Derecho como un problema de la imputación del resultado en el marco del tipo de los delitos de resultado ya ha superado los inconvenientes que suscitaba esta problemática para las teorías clásicas que trataban estos casos como supuestos de cursos causales hipotéticos²⁷⁰. La afirmación de que los cursos causales hipotéticos interrumpen la relación de causalidad carece en la actualidad de presencia en la doctrina, que ha llegado a la evidente conclusión de que no se puede negar que la relación de causalidad existe²⁷¹. La teoría mayoritaria en la actualidad, tanto en Alemania como en España, es la denominada « teoría de la evitabilidad ». Esta teoría defiende que un resultado no se puede imputar cuando la lesión es inevitable²⁷² mediante una conducta alternativa adecuada a Derecho. Pero es preciso matizar y analizar tal afirmación en profundidad²⁷³. Nadie ha explicado esta bonificación:

²⁷⁰ Así se trató por primera vez en profundidad este problema en nuestra literatura por GIMBERNAT, Causalidad, pp. 125 ss. y RDCirc. 65, pp. 593 ss.

²⁷¹ CORCOY, El delito imprudente, pp. 453, 462 s.; ERB, Alternativverhalten, p. 289; EXNER, Frank-FG, pp. 583 s.; GIMBERNAT, Causalidad, p. 127, con más referencias; el mismo, RDCirc. 65, pp. 593 ss.; ARTH. KAUFMANN, Eb. Schmidt-FS, pp. 207 ss.; MTNEZ, ESCAMILLA, Imputación, pp. 197 s., nota 80, con más referencias; MÜNZBERG, Verhalten, p. 130, con más referencias; ROXIN, ZStW 74, pp. 412 ss., 420; RUDOLPHI, JuS 69, p. 553.

²⁷² WELZEL, PG, p. 136. Recopilación bibliográfica de la doctrina alemana en HILGENDORF, Produzentenhaftung, p. 130 y PUPPE, NK, antes de 13/184. La monografía que realiza un tratamiento más extenso de la « teoría de la evitabilidad » es la de NIEWENHUIS, Gefahr, pp. 17 ss., 31 ss., que la denomina « relación externa ». Las monografías que realizan un mayor estudio crítico de la « teoría de la evitabilidad » son la de ERB, Alternativverhalten, pp. 72 ss. y passim, ocupándose tanto de los problemas materiales como de los problemas forenses y la de KAHLO, Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges, pp. 232 ss.

En España es doctrina mayoritaria: BUSTOS, PG, p. 371; CEREZO, PG, pp. 435 ss.; CORCOY, El delito imprudente, pp. 491 ss.; la misma, Imputación, pp. 77 s.; MIR PUIG, PG, pp. 304 ss.; SILVA, ADP 87, p. 543. No se debe confundir la vieja « teoría de la evitabilidad » en la concepción causalista (defendida antiguamente también por el T. S. alemán -RGSt 15, p. 153 y 63, p. 214-) que consideraba que sólo se excluía la imputación del resultado si se prueba con probabilidad rayana en la seguridad que el comportamiento alternativo habría causado también el resultado. Tanto la doctrina alemana desde EXNER, Frank-FG, pp. 588 s. como la doctrina española consideran con razón que con esta teoría se da una inversión de la carga de la prueba que infringe el principio *in dubio pro reo* y, por tanto, llegan a la conclusión contraria para evitar una presunción de culpabilidad no existente en el ordenamiento: no se puede imputar el resultado mientras no se pruebe con probabilidad rayana en la seguridad que el riesgo permitido habría evitado el resultado. Sobre este cambio de orientación de la « teoría de la evitabilidad », ERB, Alternativverhalten, pp. 96 s.; GIMBERNAT, Causalidad, p. 133, nota 65, en profundidad; el mismo, RDCirc. 65, pp. 596 ss., 673; ROXIN, Problemas básicos, p. 160. Estos autores llegan a la conclusión de que la « teoría clásica de la evitabilidad » se ve condenada a infringir el principio *in dubio pro reo*, mientras la versión moderna se ve condenada a absolver en la inmensa mayoría de los casos. La versión moderna de la « teoría de la evitabilidad » se asentó en la Jurisprudencia alemana a partir de BGHSt 11, pp. 1 ss. (caso del camionero).

²⁷³ Lo mismo cabe decir de ciertas posiciones cercanas a la « teoría de la evitabilidad » como la del « germen del daño » o del « bien irremediabilmente perdido » de ARTH. KAUFMANN (Eb. Schmidt-FS,

¿ Porqué a una persona no se le imputa un resultado debido a que aunque se hubiera comportado de forma correcta nos encontraríamos al poco tiempo ante el mismo cadáver o ante las mismas lesiones ? ¿ Porqué el autor se ve liberado de toda conexión, relación o nexo²⁷⁴ de carácter normativo con el resultado ? Como ha puesto de relieve un sector de la doctrina, este método conduce inexplicablemente a la impunidad cuando, a pesar de que alguien mata o lesiona existen otros riesgos en reserva (por ejemplo, otra conducta típica) que han anulado las posibilidades de supervivencia de un determinado objeto material²⁷⁵. Por ejemplo, el que mata a otro que era esperado por un asesino a sueldo para matarle no mataría en el sentido del art. 407. Pero el asesino que espera tampoco ha matado. Por tanto, tenemos un cadáver pero nadie lo ha matado. Ello llevaría a la absurda conclusión de que no se puede imputar un resultado siempre que además del autor del delito haya otros dispuestos a llevarlo a cabo. Se podría poner en peligro la vida de una persona que va a ser puesta en peligro por un tercero (conducta antijurídica en reserva)²⁷⁶. Tampoco se consumaría el tipo cuando hay otra persona que hubiera creado posteriormente otro riesgo de forma conforme a Derecho o está ya en marcha un suceso natural lesivo como puede ser una enfermedad mortal²⁷⁷ (riesgos no antijurídicos en reserva). La norma pierde así,

passim y Jescheck-FS, passim, donde intenta superar las numerosas críticas que recibió su trabajo anterior), conforme a la cual no existiría desvalor del resultado o éste se vería disminuido cuando el acontecimiento que ocasiona el perjuicio tiene como objeto de ataque un bien que ya escondía el germen del daño. La posición de KAUFMANN, que intentó hacer válidas ciertas construcciones desarrolladas en el ámbito civil, ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria por razones materiales evidentes que no plantean problemas en el ámbito civil pero sí en el penal y por su falta de concreción que la hace inútil en la práctica (BUSTOS, Culpas, p. 72; CEREZO, ADP 83, pp. 498 s.; CORCOY, El delito imprudente, pp. 479 ss.; ERB, Alternativverhalten, pp. 61 ss.; GIMBERNAT, RDCirc 65, p. 602, nota 23; PUPPE, NK, antes de 13/138, con más referencias; REYES, Imputación, pp. 236 ss.; ROXIN, Problemas básicos, pp. 161 ss.; SERRANO, Teoría del delito imprudente, pp. 92 s.). CORCOY, El delito imprudente, p. 494, afirma que acepta el fondo de la teoría de KAUFMANN, aunque rechaza la terminología que emplea este autor.

²⁷⁴ La « teoría de la evitabilidad » ha sido denominada también « teoría del nexo » por sus críticos.

²⁷⁵ JAKOBS, suplemento a ZStW 74, pp. 26 s.; el mismo, ADP 89, pp. 1055 ss., 1064; LAMPE, ZStW 101, p. 30; PUPPE, NK, antes de 13/185; RANFT, NJW 84, pp. 1425 ss. Se trata de la misma objeción que motivó el rechazo de la « teoría de la equivalencia de condiciones » en el decisivo estudio de ENGISCH, Kausalität, pp. 13 ss. En este caso ya no se discute sobre la relación de causalidad entre una persona y un resultado, sino sobre la imputación de un resultado a una persona que ha infringido su deber de cuidado. PUPPE, ZStW 99, p. 600, consideraba en un principio que el riesgo alternativo correcto permitido suponía siempre un beneficio que excluía la imputación del resultado (JuS 82, p. 661, ZStW 85, pp. 288 s., JZ 85, p. 295). Después de las críticas de KÜPER, Lackner-FS, pp. 260 s., ha cambiado su opinión en ZStW 99, p. 600, y considera que esa fórmula tan general incurre en los mismos errores que la « teoría de la *conditio sine qua non* » cuando existen cursos causales cumulativos o sustitutivos.

NIESSEN, Berücksichtigung, pp. 170 ss., 221, y passim, rechaza la « teoría de la evitabilidad » por conducir a un beneficio casual que el autor no se merece o no se ha ganado teniendo en cuenta la infracción de la norma de conducta.

²⁷⁶ ERB, Alternativverhalten, p. 279, con abundantes referencias; FRISCH, Verhalten, p. 565; PUPPE, NK, antes de 13/202.

²⁷⁷ Esta es la principal objeción a las teorías menos acabadas de la evitabilidad como la de ARTH. KAUFMANN, que niegan siempre en estos supuestos el desvalor del resultado porque el bien en peligro carece absolutamente de valor para el ordenamiento jurídico. En realidad, la mayor objeción que se le

sin justificación alguna, su carácter protector de los bienes jurídicos más importantes. Por tanto, existen los mismos problemas que tenía para la constatación de la causalidad la fórmula de la *conditio sine qua non* : los cursos lesivos simultáneos y los de reserva²⁷⁸. Además, existen importantes dificultades prácticas, que ya existían con el método de la *conditio sine qua non*, en el nivel de concreción de la lesión y con respecto a la existencia o no de « diferencias fundamentales »²⁷⁹. Normalmente no podremos saber si el resultado « se habría producido esencialmente igual », sino sólo si también tendríamos un cadáver o una pierna amputada. Pero ese dato no nos aporta mucho a la cuestión de si el resultado pertenece o no al tipo. De todas maneras, esta crítica ha sido respondida por los partidarios de la « teoría de la evitabilidad » y asumida por sus críticos, argumentando que se confunde entre comparación de la conducta típica con otra hipotética conducta correcta no existente y la presencia real de riesgos concurrentes en reserva o de reemplazo²⁸⁰. En los supuestos de riesgos concurrentes en reserva, no hay duda de que el autor es el que realmente ha matado o ha causado la lesión. SILVA²⁸¹ afirma de forma clara que « se debe partir de que la alternativa viene dada por un comportamiento del propio sujeto (amparado por el riesgo permitido) que asimismo causaría el resultado ». JAKOBS²⁸² llega a una conclusión similar: « En la construcción de la hipótesis debe introducirse, sin consideración de alternativas de comportamiento próximas al autor, aquel comportamiento que, de modo exclusivo, elimina el peligro contrario al fin de la norma. Por tanto, en la hipótesis el comportamiento del autor se ve, en parte, modificado ». De esta manera queda perfectamente planteada la cuestión central. Por ello se admite de forma generalizada que no todo cálculo hipotético es relevante para el tipo, ya que no toda hipotética conducta defectuosa de un tercero o de la propia víctima o hipotética desgracia tienen utilidad para explicar la realización de un riesgo²⁸³. Sólo es relevante para imputarle

puede plantear a la teoría de KAUFMANN es que conduce a la conclusión de que los procesos casuales de reserva exoneran de responsabilidad al que de forma imprudente ha causado un resultado, sin que exista ninguna razón para que el autor reciba ese beneficio.

²⁷⁸ JAKOBS, PG, 7/75; PUPPE, ZStW 99, p. 600.

²⁷⁹ En profundidad, GIMBERNAT, Causalidad, pp. 131 ss.; el mismo, RDCirc. 65, pp. 596 ss.

²⁸⁰ Vid. por todos, BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 130, nota 3; CORCOY, El delito imprudente, pp. 454 s., 490 s., defensora de la « teoría de la evitabilidad »; CURADO, Comportamiento lícito, p. 228. Desde otra posición, JAKOBS, ADP 89, pp. 1056 s., crítico con la « teoría de la evitabilidad »: « La fórmula hipotética no siempre produce resultados defectuosos, sino tan sólo en aquellos casos en los que se halla presente un riesgo de reserva; la solución de los demás casos resulta, sin embargo, trivial ».

²⁸¹ ADP 87, p. 543.

²⁸² ADP 89, pp. 1070 s. En el mismo sentido, OTTO, PG, 10 I 4 a).

²⁸³ Doctrina mayoritaria, sobre todo con referencia a injustos hipotéticos o de reserva: BAUMANN/WEBER, PG, pp. 218 s.; FRISCH, Verhalten, pp. 562 ss., con más referencias; JAKOBS, ADP 89, p. 1055: « Sólo es adecuado considerar hipótesis en el marco de un mismo riesgo, pero ello es incorrecto cuando concurren varios riesgos »; el mismo, PG, 7/87 s.; KÜHL, JR 83, pp. 34 s.; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/98; NIEWENHUIS, Gefahr, pp. 94 ss.; OTTO, Maurach-

un resultado a una persona el cálculo hipotético relacionado con el cumplimiento de ciertas normas de cuidado y con el riesgo permitido en relación a lo que ha pasado. En realidad, la « conducta alternativa adecuada a Derecho » no es más que la conducta efectivamente realizada sin tomar en consideración los datos que fundamentan la infracción del deber de cuidado²⁸⁴. JAKOBS²⁸⁵ argumenta que « lo que debe modificarse no puede ser descrito con carácter general sino que se deriva de la finalidad de la correspondiente norma ». Ejemplifica sus conclusiones de la siguiente manera²⁸⁶: « Si a través de una norma no pretende evitarse la ubicación en un determinado lugar, sino el sentido de movimiento en ese lugar (en calles unidireccionales, en carriles de circulación al lado derecho o izquierdo, etc.), entonces, en la hipótesis, no debe imaginarse al autor como ausente sino como estático o como moviéndose en otra dirección ».

3. Esta aclaración nos ayuda a encontrar la raíz material del problema de las conductas alternativas adecuadas a Derecho. Si pensamos que la realización del riesgo es la consecuencia lógica de la « previsibilidad objetiva » como elemento intelectual del deber objetivo de cuidado, el criterio de la conducta alternativa adecuada a Derecho no pretende determinar si el resultado es realización de un riesgo creado por el autor, sino precisamente del riesgo no permitido (de la infracción del deber). No es casualidad que los casos que nos ocupan se desarrollen en el marco de subsistemas como la medicina, el tráfico viario o la producción industrial donde, aunque se obre con el cuidado debido, siempre permanece un resto de riesgo considerable, siendo en muchas ocasiones difícil

FS, pp. 103 s.; el mismo, PG, 10 I 4 c) y d); PUPPE, NK, antes de 13/136; ROXIN, ZStW 74, pp. 435 ss.; el mismo, PG, 11/48 ss., crítico con la « teoría de la evitabilidad », llega también a la conclusión de que hay cursos causales hipotéticos que en alguna ocasión pueden influir en el tipo aunque normalmente sean irrelevantes; RUDOLPHI, SK, antes de 1/59 s.; STRATENWERTH, PG, num. margs. 228 s.; el mismo, Schw. Str. 9/33; WELZEL, PG, p. 44; ZIELINSKI, AK, 15,16/113 s. En el mismo sentido, BGHSt 30, p. 228, en una sentencia en la que considera indiferente a efectos de imputación que aunque el acusado no hubiera atropellado a un peatón, escaso tiempo después habría sido atropellado por otro automóvil.

Por ejemplo, un médico que excediéndose de su competencia legal deja en libertad a un enfermo que se encuentra en tratamiento en virtud de una sentencia penal, no puede objetar que el órgano competente habría hecho lo mismo (cfr. KUSCH, NStZ 85, p. 392).

²⁸⁴ FRISCH, Verhalten, pp. 535 ss.; JAKOBS, ADP 89, pp. 1070 ss.; KRÜMPPELMANN, Bockelmann-FS, p. 459; NIEWENHUIS, Gefahr, pp. 2, 269; PUPPE, JuS 82, pp. 662 ss.; la misma, NK, antes de 13/194, 207; SCHLÜCHTER, JA 84, pp. 678 s.; WOLTER, Zurechnung, pp. 339 s. REYES, Imputación, pp. 231 ss., no tiene este aspecto en cuenta para criticar a las diversas « teorías de la evitabilidad » y recurre a los riesgos de reserva como medio de crítica, lo que le posibilita desechar fácilmente aunque de forma en exceso simple todas las teorías y variantes de la evitabilidad.

²⁸⁵ ADP 89, p. 1071. De acuerdo, FRISCH, Verhalten, p. 526.

²⁸⁶ De paso critica al T. S. alemán por la sentencia de BGH 10, p. 369, en la que se condena a dos peatones que andaban por el lado derecho de la calzada aunque las normas de circulación obligan a utilizar el lado izquierdo, chocando contra ellos un ciclomotor.

Sobre esta sentencia, ERB, Alternativverhalten, pp. 306 s., en un sentido similar al de JAKOBS; NIEWENHUIS, Gefahr, p. 135; SCHRODER, JZ 89, p. 778; TOEPEL, Kausalität, pp. 112 s.

delimitar donde empieza el riesgo no permitido. Lo que se ha pretendido combatir con este criterio es la idea versarista de que todo el que se comporta mal ha de responder de toda consecuencia lesiva. Es decir, se pretende combatir la idea de que el que crea un riesgo no permitido responde no sólo de ese riesgo típico sino también de otros riesgos permitidos que ha creado o ha favorecido. La exigencia de que el resultado no sólo sea realización de un riesgo creado por el autor, sino exactamente del riesgo permitido intenta superar la idea equivocada, a mi entender, de que cuando alguien se comporta mal no hay una parte permitida y una parte típica de su conducta, sino que todos los riesgos que crea o favorece son relevantes para el Derecho penal²⁸⁷. Esta idea se encuentra estrechamente unida a la concepción errónea del deber de cuidado como concepto autónomo sin relación a un resultado y no en relación a determinadas formas de lesionar un bien. La idea de que todo es objetivamente previsible para el que infringe el deber de cuidado es puro

287 El fundamento último de esta idea errónea se encuentra en RUDOLPHI, JuS 69, p. 554: « Los correspondientes mandatos de cuidado infringidos no contienen una prohibición general de determinados peligros, sino exclusivamente la prohibición de peligros que superan una determinada medida. Para la afirmación del injusto imprudente significa ante todo: se presupone que la infracción del deber de cuidado eleva realmente el correspondiente peligro por encima de la medida permitida », lo que le lleva a la siguiente conclusión: « se prohíbe el peligro que supera una determinada medida en su conjunto y no sólo aquel porcentaje que supera el grado de peligro permitido ». En el mismo sentido que RUDOLPHI, GIMBERNAT, ADP 94, pp. 31 ss.; KAHLO, Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges, pp. 257 s.; KÜPER, Lackner-FS, pp. 274 ss. (en especial, 278 ss.), 282 ss (en especial, 286 s.); MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 218 s., 242, nota 205; NAMIAS, Zurechnung, pp. 28 s., pp. 122 ss., con un intento infructuoso de criticar la idea contraria defendida por FRISCH en Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs; PUPPE, ZStW 95, p. 314; ROXIN, PG, 11/74; RUDOLPHI, SK, antes de 1/68 s.; STRATENWERTH, Gallas-FS, pp. 236 ss. (en especial, p. 238): « el quantum de peligro del que responde el autor se introduce, sin posibilidad de delimitación, en el potencial de puesta en peligro global del que el resultado deriva »; STRUENSEE, GA 87, p. 104.

En contra, en la línea del texto, CURADO, Comportamiento lícito, pp. 366 s.; FRISCH, Verhalten, p. 62, con base en una idea que inspira su monografía (pp. 33 ss., 50 ss., 123 ss., 386 ss., 415 ss.); JAKOBS, Studien, p. 96, nota 185; el mismo, PG, 7/76 s.; el mismo, Imputación, pp. 196 s.; NIEWENHUIS, Gefahr, pp. 45 ss. Estos autores argumentan, con razón, que la exigencia de la realización del riesgo no permitido en RUDOLPHI y en los autores que comparten su opinión no es más que un principio programático no cumplido.

NAMIAS, Zurechnung, pp. 28 s., es el último autor que en lengua alemana ha defendido esta idea en profundidad. Pero su argumentación central de la « unidad del ordenamiento » es falsa porque no tiene nada que ver con este problema. Con esta expresión se simboliza la necesidad de que no existan contradicciones insoportables entre las distintas ramas del ordenamiento jurídico (GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit, pp. 94 ss., con más referencias). Pero no tiene como consecuencia que siempre haya que imputarle un resultado al que crea un riesgo para ese mismo resultado. El Derecho penal como *ultima ratio* sólo puede desvalorar riesgos socialmente inadecuados. Y los riesgos permitidos no tienen que pasar a ser tratados como socialmente inadecuados sólo porque casualmente vayan acompañados de riesgos típicos. De lo contrario, serían tratados de forma desigual riesgos idénticos sólo por razones casuales (FRISCH, Verhalten, p. 528). Por ejemplo, imaginémos que en una zona urbana el límite de velocidad son 50 km/h, y alguien atropella a un peatón conduciendo a 70 km/h debido a un riesgo que tampoco sería planificable a 45 km/h. El riesgo de conducir a 45 km/h no se puede considerar como no permitido porque vaya acompañado de un riesgo que supera lo tolerado (de 51 a 70 km/h). Como ha señalado GÜNTHER, Causas de justificación, p. 47, « todo injusto penal es simultáneamente injusto a efectos de todo el ordenamiento jurídico, pero no todo injusto a efectos de la totalidad del ordenamiento jurídico es ya un injusto penal, un injusto jurídicopenalmente relevante. El injusto penal es una forma cualificada de injusto ».

versarismo que infringe el principio de culpabilidad. Por el contrario, una visión racional del tipo nos obliga a delimitar los riesgos permitidos de los riesgos no permitidos que ha creado o favorecido el autor con la infracción de una regla general de cuidado. Pero para ello no tenemos que conjeturar sobre lo que habría sucedido sin el riesgo típico, sino determinar lo que efectivamente ha sucedido con el riesgo no permitido y si se ha consumado o no en un resultado²⁸⁸. No es necesario acudir a ningún comportamiento hipotético ni a ningún curso lesivo hipotético que no se haya dado en la realidad para determinar si el riesgo no permitido se ha realizado en el resultado. Todos los casos que se han intentado solucionar mediante el método de comparación con una conducta hipotética se solucionan de la misma manera: desde el punto de vista del tipo el resultado producido es exactamente igual valorativamente que la ausencia de todo resultado, porque éste no es realización del riesgo típico, sino de un riesgo permitido o residual acompañante²⁸⁹ o de « un riesgo permitido perfecto » que explica el resultado con

288 ARROYO, Seguridad en el Trabajo, pp. 193 ss., se suma a la posición de GIMBERNAT; ERB, Alternativverhalten, passim, siguiendo el criterio de su maestro KRÜPELMANN de la « correspondencia normativa entre el injusto de acción y el injusto de resultado »; el mismo, JuS 94, pp. 456 s.; GIMBERNAT, Causalidad, pp. 140 ss., solucionando estos casos con el criterio del « fin de protección de la norma de cuidado »: « La norma sólo abarca lo que cae bajo su campo de protección. Esto se puede averiguar perfectamente, sin necesidad de acudir a lo que hubiera sucedido si... El recurso al proceso causal hipotético presenta muchas veces dificultades insalvables y, aun cuando éstas se superen, no siempre lleva a resultados correctos »; el mismo, RDCirc. 65, pp. 676 ss.; JAKOBS, Studien, pp. 100 ss., que lo trata ya como un problema de la « finalidad especial de la norma »; el mismo, suplemento a ZStW 74, pp. 26 ss., con una solución con base en el « fin de protección de la norma »: « No es que se sustituya un riesgo existente por otro, sino que un riesgo que aparentemente es susceptible de ser dominado de modo planificado a través del cuidado (probablemente) no puede ser dominado de manera planificada por medio del cuidado »; el mismo, PG, 7/75, con más referencias; el mismo, ADP 89, pp. 1056 ss., combinándolo también con el « fin de protección de la norma »; el mismo, Imputación, pp. 173 ss., en especial pp. 184 s., 198, de acuerdo con el « fin de protección de la norma »; JORGE BARREIRO, Imprudencia, pp. 64 ss., en especial 68 s., basándose en la posición de GIMBERNAT; KRÜPELMANN, Bockelmann-FS, pp. 453 ss., que intenta delimitar los resultados que la norma pretende proteger de aquellos que protege de forma casual y, por tanto, no se puede hablar de un fin de protección, sino de un « reflejo de protección », lo que supone utilizar, también, el criterio del « fin de protección de la norma »; el mismo, GA 84, pp. 503 s.; el mismo, Jescheck-FS, pp. 321 s., 331 ss.; LAMPE, Arm. Kaufmann-GS, p. 202; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 234 ss., muestra su acuerdo con su maestro GIMBERNAT; la misma, Aproximación, pp. 99 ss., en el mismo sentido; MÜNZBERG, Verhalten, p. 137, en el ámbito del Derecho civil; NIESSEN, Berücksichtigung, pp. 177 ss., 221 y passim; NIEWENHUIS, Gefahr, pp. 18 ss., 127 ss., que busca la « relación interna » entre infracción del deber de cuidado y resultado, no sólo dependiente de lo que hubiera pasado con una conducta alternativa; PUPPE, ZStW 99, pp. 660 s., desde una perspectiva excesivamente causal; la misma, NK, antes de 13/196; RANFT, NJW 84, pp. 1425 ss., 1429; REYES, Imputación, pp. 262 s.

En lo esencial de acuerdo, FRISCH, Verhalten, pp. 524 ss., 529 ss., relativizando la importancia de la utilización de conductas hipotéticas, considerándolas sólo como un medio de ayuda para supuestos dudosos. Para FRISCH lo decisivo es si el curso lesivo habría sido evitado de forma planificable mediante la observancia de la norma. En p. 531, nota 89 critica especialmente a JAKOBS por utilizar también, pese a sus declaraciones generales, el método de las conductas hipotéticas en casos difíciles. Vuelve a mantener una posición similar en Tipo, pp. 111 s.

289 Sobre estos « riesgos acompañantes », FRISCH, Verhalten, pp. 415 ss., 526; JAKOBS, Studien, pp. 89 ss., como riesgos que no está contemplados por la norma; el mismo, PG, 7/13 ss., 76 s., sobre « la relatividad de lo no permitido », 88; REYES, Imputación, p. 141, sobre riesgos residuales permitidos; RUDOLPHI, SK, antes de 1/63.

independencia de la conducta infractora del deber²⁹⁰. La cuestión es: ¿ Imputamos el resultado al autor o al riesgo permitido ? Todos los casos tratados por la doctrina son supuestos en los que el autor no sólo crea un riesgo típico, sino que también crea al mismo tiempo riesgos socialmente adecuados. El problema, una vez constatada la relación de causalidad entre autor y resultado, es saber si éste es realización de un riesgo típico o de un riesgo permitido. En los casos de los pelos de cabra, el camionero, el farmacéutico o la novocaína el riesgo que se realiza en el resultado queda fuera de los contornos del tipo penal porque no pertenece a la dimensión del riesgo penalmente

SILVA, ADP 84, p. 374, expone la idea con respecto a la imputación a título de dolo de que « una conducta puede contener diversos riesgos, de realización, a su vez, alternativa o acumulativa ».

290 FRISCH, Verhalten, pp. 532 ss. Sobre el concepto de « riesgo perfecto », que sólo sufre variaciones irrelevantes mediante el comportamiento del autor, JAKOBS, ADP 89, pp. 1062 ss.; el mismo, PG, 7/16, 83 a. En tiempos recientes se ha ocupado de esta cuestión desde una perspectiva causal, PUPPE, NK, antes de 13/101 ss. HILGENDORF, GA 95, pp. 520 s., considera interesante esta aportación de JAKOBS aunque considera que todavía le falta concreción.

Este fondo material del problema se puede apreciar en las siguientes SS. T. S.: 19 de octubre de 1964 (Pte. Casas): « aunque en principio no sea aceptable el hecho de que el procesado no aminorase la velocidad de su vehículo, el hecho trascendente es que el peatón dio un traspiés y cayó sobre el capot o parte delantera del mismo, lo que quiere decir, que el vehículo no atropelló ni cogió de frente al perjudicado y que fue éste el que debido a un traspiés cayó sobre el coche, por lo cual la causa de lo ocurrido no puede atribuirse a la velocidad del coche en aquel momento, pues igual hubiera sucedido en el caso de llevar menos velocidad »; 7 de febrero de 1966 (Pte. Glez. Díaz): « aunque se pueda imputar en este relato al conductor del turismo la infracción del ap. d) del art. 17 del C. Circulación por no haber disminuido la velocidad en el cruce efectuado de noche [...] el choque se hubiera producido de igual modo con menor velocidad al surgir inesperadamente el obstáculo que interceptó el camino del automóvil »; 4 de marzo de 1976 (Pte. García Miguel): « si en un proceso hipotético se suprime la falta de diligencia imputada al procesado y se piensa que el camión se hubiese detenido instantáneamente por un fallo mecánico en el mismo lugar en que se produjo la colisión, se llega a la conclusión de que el accidente se hubiese producido igualmente, por lo que, en definitiva, la conducta del conductor del turismo es la que, en el orden penal, debe reputarse causa directa, adecuada y eficiente del resultado, con virtualidad para desplazar del nexo causal a la pequeña negligencia en que hubiese podido incurrir el procesado »; 15 de marzo de 1976 (Pte. Escudero): « no teniendo eficacia causal alguna en el orden moral o espiritual, aunque sí materialmente, el comportamiento del conductor del vehículo, por caminar a velocidad aproximada a 30 kilómetros a la hora, en donde estaba marcada a 20, porque no se trata de un alcance de quien camina por delante, sino de una situación obstaculizadora lícita y necesaria en todo movimiento del carruaje, y por lo tanto sin influencia causal en el resultado, que como asegura con apreciación fáctica el considerando de la sentencia, se hubiera producido igual, de haberse respetado la velocidad exigida, tanto porque el choque también se hubiera producido en la coincidencia, como por haber sido en otro caso arrollado el ciclista, dada la exigua diferencia ante dicha velocidad »; 30 de abril de 1976 (Pte. García Miguel): « si en un proceso hipotético se elimina esta conducta, o sea, si el procesado A hubiese continuado su marcha por la banda por la que había realizado el adelantamiento no se hubiese producido el accidente y si mentalmente se suprime todo actuar reprochable por parte del otro procesado, bien porque en todo momento hubiese circulado a una velocidad correcta y en forma prudente o bien porque rectificando las irregularidades que anteriormente había venido cometiendo, en los momentos inmediatamente anteriores al evento productor del resultado lesivo, circulase con observancia de las reglas de la buena conducción, es indudable, que el accidente se hubiese producido igualmente a consecuencia de la temeraria maniobra realizada por el otro procesado, por lo que no obstante el reproche penal que merece el comportamiento del recurrente, conforme a la calificación que de su actuar se hará posteriormente, es lo cierto que lo que no constituye es el delito de imprudencia por el que fue condenado en esta causa dada la desvinculación o falta del obligado nexo causal entre su proceder y el resultado, tanto en el orden de la causación material como en la relación de causalidad moral, pues en el aspecto subjetivo, a su conducta, en orden al accidente no puede reconocérsele otra relación que la que remotamente pudiera resultar de que el otro procesado procediese como lo hizo con afán competitivo o vindicativo ».

relevante o de la parte penalmente relevante de un riesgo. En estos casos el riesgo no permitido sólo supone un riesgo que acompaña al « riesgo perfecto permitido », que incluso puede sufrir una variación accidental que no afecte a su lesividad. Pero el riesgo no permitido no es el que mata o causa la lesión. La afirmación de que una conducta alternativa adecuada a Derecho no habría podido evitar el resultado quiere decir que la conducta típica no se ha convertido en lesión. Al final se ha realizado un riesgo de la vida tolerado socialmente. Este método precisa, pues, de una correcta determinación del riesgo no permitido y de su alcance o dimensión²⁹¹. Con este análisis material del problema no quiero conducir a equívocos. Aunque teóricamente quede al descubierto el mismo, en la práctica la resolución de los casos concretos puede ser de una complejidad extraordinaria. En ámbitos como el tráfico viario o la actividad médico-quirúrgica no es fácil delimitar lo permitido de lo no permitido con precisión matemática. Pero la dificultad en estos casos no tiene raíces dogmáticas, a pesar del entramado de teorías y variantes que existen con respecto a este tema. Las dificultades dogmáticas provienen de las deficiencias doctrinales con respecto a la determinación de los tipos puros de resultado imprudentes. Y esas deficiencias se plasman en los problemas concretos. Si la doctrina no ofrece una teoría del tipo que delimite bien en los tipos puros de resultado lo típico de lo permitido, el problema no tiene una solución fácil. En los supuestos que nos ocupamos, sin embargo, no hay duda de que existe una infracción del deber objetivo de cuidado y la dificultad práctica viene dada solamente por la determinación de la relación conforme a leyes empíricas o científicas entre el riesgo típico y el resultado. Si no existieran otros riesgos atípicos concurrentes, estos casos no ofrecerían ninguna dificultad. No es extraño, por ello, que la tesis de la « inseparabilidad del riesgo » de RUDOLPHI sólo se aplique cuando no se sabe seguro si la conducta correcta no habría producido el resultado. Ello indica su parentesco con la « teoría del incremento del riesgo » con todas las críticas que ello implica y que se expondrán más adelante.

En los casos ya vistos, el autor, aún empleando el cuidado necesario en el tráfico, no podría evitar la desgracia. El resultado no es injusto, sino una desgracia con la que hay que aprender a convivir:

A) Caso de los pelos de cabra. El empresario, al entregar los pelos de cabra sin desinfectar, crea un riesgo no permitido con respecto a una serie de enfermedades que debían haber sido combatidas. Pero, al mismo tiempo, crea un riesgo permitido con respecto a aquellas enfermedades que, como empresario, no tiene el deber de combatir. En este caso existe un riesgo natural de enfermedad mortal antes de la entrega que el

²⁹¹ -----
ARROYO, Seguridad en el Trabajo, pp. 196 s.; FRISCH, Verhalten, p. 528.

empresario no tenía que planificar. No se puede imputar el resultado porque no se sabe si éste es consecuencia del riesgo típico o del riesgo no permitido²⁹². En este caso, aún comportándose de forma correcta, el empresario no podría haber planificado el resultado.

B) Caso del ciclista o camionero. En este caso el camionero crea con la infracción de las reglas de circulación un riesgo típico para un ciclista que se comporte de forma razonable y, al mismo tiempo, favorece una autopuesta en peligro atípica. En este caso parece casi seguro que el resultado es concreción de la conducta imprudente del ciclista²⁹³.

C) Caso de la novocaína. La operación con anestesia suponía ya un « riesgo perfecto permitido » debido a la especial sensibilidad del niño. La conducta del médico varía ese riesgo preexistente pero no incrementa las probabilidades de lesión. La administración de cocaína no añade una lesividad que no se encontrara ya en el riesgo de realizar una operación de acuerdo con la *lex artis*. Esa administración crea un *plus* de riesgo que podría ser relevante en otro caso de un paciente sin problemas en sus glándulas, pero que en ese caso no tiene nada que ver con el resultado²⁹⁴.

D) Caso del farmacéutico. La exigencia legal de receta persigue evitar « imprudencias por asunción » por parte de los farmacéuticos y que éstos prescriban medicamentos inadecuados, bien por no disponer de los conocimientos necesarios en general o bien por no disponer de medios de diagnóstico adecuados. En este caso el farmacéutico crea un riesgo permitido, ya que la *lex artis* dictaba un tratamiento continuado de fósforo contra el raquitismo. La sentencia indica que la composición del medicamento, la cuantía de las dosis y el largo período de tiempo que duró el tratamiento fueron absolutamente acordes a la *lex artis*²⁹⁵. Al mismo tiempo, el farmacéutico infringe el deber de cuidado por no vigilar los posibles síntomas. Pero en este caso concreto no existían síntomas²⁹⁶. Por tanto, el farmacéutico no creó ningún riesgo que no acompañara ya en general a ese tratamiento asumido por la ciencia médica, al igual que no lo haría un médico. El resultado no tiene nada que ver con la falta de control del transcurso de la enfermedad, sino que es fruto de ciertos problemas que conlleva un tratamiento

²⁹² En sentido contrario, ERB, Alternativverhalten, pp. 302 s.; KRÜPPELMANN, Jescheck-FS, pp. 332 s.

²⁹³ En un sentido similar, ERB, Alternativverhalten, pp. 307 s.; KRÜPPELMANN, Jescheck-FS, p. 331.

²⁹⁴ En sentido contrario, ERB, Alternativverhalten, pp. 301 s.

²⁹⁵ RGSt 15, p. 154.

²⁹⁶ RGSt 15, p. 155.

considerado en general como correcto²⁹⁷.

4. La « teoría de la evitabilidad », frente a la aquí expuesta, adolece, por el contrario, de importantes dificultades prácticas de concreción. Las posibilidades de comportarse de forma correcta pueden ser infinitas²⁹⁸. ¿Cuál es el riesgo permitido alternativo que debe ser tenido en cuenta ? Por ejemplo, la alternativa a conducir con exceso de velocidad puede ser conducir respetando los límites de velocidad o no conducir. Esta teoría se ve ayudada cuando existen reglas de peligro abstracto en el que los factores pueden ser perfectamente cuantificados (porcentaje de alcohol en sangre, límite de velocidad, distancia de seguridad, altura de vallas de protección, cantidades límite de ciertas sustancias en productos destinados a la alimentación, etc.)²⁹⁹. Pero no ofrece mucha ayuda cuando las diferencias entre el riesgo permitido y el no permitido no son cuantificables³⁰⁰. Es más, la doctrina tiene asumido que en muchos casos el deber

297 En un sentido similar, ERB, *Alternativverhalten*, pp. 299 ss.

Las citas de ERB y KRÜPELMANN tienen un sentido. Ambos utilizan el criterio de la « correspondencia normativa entre injusto de acción e injusto de resultado ». Se trata de un criterio que no se ha extendido en la literatura especializada y que sólo ha recibido atención para ser objeto de críticas. Este criterio pretende conseguir las « ventajas político criminales » de la « teoría del incremento del riesgo », pero superando el inconveniente de la infracción del principio procesal *in dubio pro reo*. Es decir, busca un camino intermedio. Pero uno no se pueden sentar en dos sillas a la vez sin correr el peligro de resbalar. En mi opinión, no hay camino intermedio. O se demuestra que el riesgo no permitido se ha realizado en el resultado o nos conformamos con que el riesgo creado sea superior al permitido. La falta de claridad del criterio, más allá de la idea del criterio del « ámbito o fin de protección de la norma de cuidado », hace que en casos similares se llegue a conclusiones distintas sin saber que razones materiales existen para ello. Ello es debido a que se trata de un intento infructuoso. En muchos casos, estos autores llegan a las mismas consecuencias que la « teoría del incremento del riesgo » como ellos mismos reconocen (cfr. ERB, *Alternativverhalten*, pp. 200 ss.). Por tanto, nos encontramos ante un criterio tan flexible que no sirve para nada. En mi opinión, la aportación más interesante de estos autores a la discusión es la crítica a la dominante en este ámbito « teoría de la evitabilidad ».

Recientemente, ERB, JuS 94, p. 456, ha resumido su posición y la de KRÜPELMANN en los siguientes términos: « Por consiguiente, la diferencia con la teoría del incremento del riesgo reside no tanto en el resultado (aquí se darán sólo desviaciones en supuestos excepcionales), sino más bien en que se tiene en cuenta la consideración del suceso desde otra perspectiva. Al contrario que la teoría del incremento del riesgo no se plantea « ex post » (es decir, de forma retrospectiva) la cuestión de si la conducta alternativa adecuada a Derecho habría incrementado el riesgo del resultado en el sentido de una probabilidad de producción más elevada. Más bien hay que preguntarse desde una « perspectiva ex ante » (es decir, con base en la situación antes de la lesión del bien jurídico, en el momento en que el autor infringe la norma de conducta) si la conducta infractora del deber era apropiada para la eliminación de una posibilidad de salvación protegida por el ordenamiento jurídico. El juicio de probabilidad gana desde esta perspectiva una relevancia distinta inobjetable desde el punto de vista del principio « in dubio pro reo ». En esta exposición de ERB se puede apreciar como en realidad se demuestra que se ha creado un riesgo no permitido, pero no se llega a demostrar que la « eliminación de la posibilidad de salvación » sea precisamente en el caso concreto la que explique la lesión. Aquí ya entran en consideración las mismas críticas a la « teoría del incremento del riesgo » que se expondrán infra IX.A.

298 JAKOBS, ADP 89, p. 1070; PUPPE, JuS 82, p. 662; la misma, ZStW 99, p. 600; la misma, GA 94, p. 315; REYES, *Imputación*, pp. 232 s.; TOEPEL, *Kausalität*, p. 113.

299 CRAMER, *Schönke/Schröder*, 15/163; JAKOBS, ADP 89, p. 1058; WOLTER, *Zurechnung*, p. 339.

300 Sobre el círculo de modalidades de conductas alternativas susceptibles de ser tenidas en cuenta,

objetivo de cuidado se infringe aunque se cumplan ciertas reglas o que en ciertos casos se comporta una persona de forma correcta aunque infrinja tales reglas. Por ejemplo, en el caso del caminero, ¿Cuál es la conducta adecuada si existen muestras de una excesiva embriaguez antes del adelantamiento? En muchos casos no es suficiente comparar la conducta con otra cumplidora de la regla³⁰¹. Sobre estos casos poca ayuda nos ofrece la « teoría de la evitabilidad » que en los casos más complejos no sirve para nada. Además, lo que es más importante, esta teoría, al comparar lo que pasó con lo que habría pasado si..., no puede delimitar los riesgos desvalorados por la norma penal de aquellos que casualmente no habrían causado el resultado, pero que no tienen nada que ver con las finalidades de protección de la norma penal³⁰². Es decir, soluciona el problema fácticamente pero no ofrece soluciones normativas. Por ejemplo, si un coche se salta un semáforo en rojo y 1 km. más adelante atropella a un peatón debido únicamente a una imprudencia de éste, la « teoría de la evitabilidad » diría que esas lesiones o esa muerte suponen una realización del riesgo de saltarse un semáforo porque si el automóvil se hubiese parado ante la señal luminosa se hubiera evitado tal resultado. En este sencillo ejemplo se pueden apreciar las deficiencias prácticas de la « teoría de la evitabilidad », que conduce a absoluciones o a condenas arbitrarias. Puede ser que la finalidad de protección de la norma penal sea más restringida que la eficacia protectora de la norma en el caso concreto, como sucede en el ejemplo anterior³⁰³. Como ha señalado KRÜPELMANN³⁰⁴, la « teoría de la evitabilidad » está condenada a la responsabilidad por la casualidad debido al « reflejo de protección de los deberes » y conduce a excesos en la responsabilidad por imprudencia.

Por tanto, en muchas ocasiones, el acudir a la hipótesis sin tener en cuenta el problema de fondo sólo da lugar a soluciones arbitrarias y atenta contra la seguridad jurídica. Esta arbitrariedad se muestra especialmente evidente cuando existen diversas

FRISCH, Verhalten, pp. 535 ss.

³⁰¹ CORCOY, El delito imprudente, p. 524.

³⁰² ARROYO, Seguridad en el Trabajo, pp. 196 s.; KÜPER, Lackner-FS, p. 268.

³⁰³ Sobre el « reflejo de protección del deber de cuidado », KRÜPELMANN, Bockelmann-FS, pp. 453 ss., con interesantísimos ejemplos entresacados de la Jurisprudencia alemana y suiza, que trata con un correcto sentido crítico. Por ejemplo, en BGHSt 17, p. 299, se narra como un automóvil conducido por el condenado no respeta la preferencia que en un cruce tiene un coche que viene por la derecha. Se produce una colisión con un ciclomotor que se acerca por la izquierda y tiene el deber de cederle el paso, mientras el automóvil con preferencia de la derecha puede frenar. Si el autor hubiera respetado la preferencia, no hubiera chocado con el ciclomotor. Es decir, infringe el deber frente a una persona que no resulta dañada, mientras que daña a otra frente a la que carece de deberes. También, en profundidad, EBERT, Jura 79, p. 575; TOEPEL, Kausalität, pp. 120 ss.

³⁰⁴ Bockelmann-FS, p. 464. Vid. también CRAMER, Schönte/Schröder, 15/173.

posibilidades de conductas correctas, lo cual no es poco frecuente³⁰⁵. La doctrina alemana ha criticado en muchas ocasiones la Jurisprudencia de su país, partidaria de la « teoría de la evitabilidad », por elegir cualquier conducta alternativa de forma arbitraria³⁰⁶. Así, por ejemplo, en BGHSt 13, p. 169 se considera que si alguien respeta una distancia de seguridad cuando adelanta a un autobús en una parada a una velocidad elevada la conducta alternativa adecuada a Derecho consiste en una mayor distancia de seguridad. KRÜMPELMANN³⁰⁷ le objeta a esta sentencia que la víctima no tenía que esperar una distancia de seguridad mayor a la prescrita, por lo que la conducta alternativa adecuada a Derecho a considerar debía ser una velocidad adecuada. Esta diferente consideración de la conducta alternativa hace que el T. S. alemán impute el resultado, mientras KRÜMPELMANN niega dicha imputación³⁰⁸. JAKOBS³⁰⁹, MAIWALD³¹⁰, NIEWENHUIS³¹¹ y PUPPE³¹² han criticado también una línea jurisprudencial alemana³¹³ en los supuestos en los que alguien en estado de embriaguez y con excesiva velocidad atropella a un peatón. Ante la defensa del conductor de que debido a la conducta del peatón, el exceso de velocidad no tiene nada que ver con el resultado, el T. S. alemán elige como conducta alternativa el adecuar la velocidad al estado de embriaguez³¹⁴. El T.

305 CURADO, Comportamiento lícito, pp. 199 ss.; OTTO, NJW 80, pp. 420 s.; NIESSEN, Berücksichtigung, pp. 159 ss., 170 s.; PUPPE, NK, antes de 13/185.

306 JAKOBS, ADP 89, p. 1071, nota 25; PUPPE, NK, antes de 13/191; SCHROEDER, LK, 16/193.

307 Bockelmann-FS, pp. 459 ss. De acuerdo con este autor, NIEWENHUIS, Gefahr, pp. 152 s., en el resultado; WOLTER, Zurechnung, pp. 339 s. PUPPE, NK, antes de 13/207, critica también al T. S. alemán porque la conducta alternativa adecuada a Derecho no puede ser la misma si el atropello se produce dentro o fuera de la zona de seguridad.

308 También la niega ERB, Alternativverhalten, pp. 197 ss., con otra argumentación..

309 Studien, p. 95, nota 183 a y PG, 7/nota 132.

310 Dreher-FS, pp. 444 ss., 457 y passim.

311 Gefahr, pp. 179 ss., 273 ss., con un amplio estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia alemana y en la jurisprudencia austriaca.

312 JuS 82, pp. 662 s., ZStW 99, pp. 600, nota 19, 607 y NK, antes de 13/194. De acuerdo, BINDOKAT, JuS 85, p. 33; ROXIN, PG, 11/82, con más referencias, aunque su propuesta de solución con base en la « teoría del incremento del riesgo » criticada infra IX.A.1. sea absolutamente rechazable; SCHLÜCHTER, JA 84, pp. 678 s.; SCHROEDER, LK, 16/193; TOEPEL, Kausalität, pp. 115 s.

313 BGHSt 24, pp. 34 ss. (« caso del ciclomotor »), con comentario crítico de KNAUBER, NJW 71, p. 627, manteniendo este autor una línea muy similar a la de los autores citados en el texto; BGH 33, pp. 63 s.; OLG Koblenz, VRS 71, p. 281. Más sentencias en el mismo sentido y en el contrario de las ya citadas en NIEWENHUIS, Gefahr, pp. 186 ss.

314 KNAUBER, NJW 71, p. 627, NIEWENHUIS, Gefahr, pp. 187, 210, 275 ss., OTTO, NJW 80, p. 420, PUPPE, JuS 82, pp. 662 ss., ROXIN, PG, 11/82 y TOEPEL, Kausalität, pp. 115 s., señalan, con razón, como la única alternativa posible a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas es abstenerse de conducir.

MAIWALD, Dreher-FS, p. 457, señala como el « borracho prudente y diligente » no puede ser una imagen ideal que personalice el riesgo permitido. Personifica un factor de inseguridad, y, por tanto, un riesgo no permitido. Sólo un conductor sobrio personifica al riesgo permitido en el ámbito del tráfico viario.

En contra de estos autores, y a favor de la argumentación de la sentencia, STRATENWERTH,

S. no fundamenta adecuadamente su elección³¹⁵. La única razón es que un atropello que ni un conductor sobrio que respetara el límite de velocidad podría evitar exime de responsabilidad, mientras que la conducta elegida permite fundamentar la responsabilidad por imprudencia. MAIWALD³¹⁶, NIEWENHUIS³¹⁷ y PUPPE³¹⁸ señalan como en ciertos supuestos de autopuestas en peligro inevitables de peatones, la influencia de las bebidas alcohólicas es irrelevante como dato. Sólo es relevante para el correspondiente delito de peligro abstracto. Si el resultado no es debido a que el conductor debido a su deficiencia fruto del consumo de alcohol reacciona demasiado lento o demasiado tarde no se causa por imprudencia. En otras ocasiones los tribunales eligen de forma correcta la conducta alternativa adecuada a Derecho. Así, por ejemplo, la sentencia del OLG de Karlsruhe de 20 de noviembre de 1984³¹⁹ consideró, correctamente, que la conducta alternativa adecuada a Derecho de contratar un menor para desempeñar un trabajo no autorizado para menores no consiste en la no contratación de ninguna persona, sino en la contratación de una persona mayor de edad en el mismo puesto de trabajo. De esta manera no se imputó el resultado en el caso concreto³²⁰.

5. Conclusión: la comparación de la conducta creadora de un riesgo típico con una conducta que en esa misma situación fuera correcta puede servir únicamente como método auxiliar³²¹ en supuestos de concurrencia de riesgos típicos y permitidos creados o favorecidos por el mismo autor mediante la infracción de una regla de peligro abstracto. Los Tribunales pueden utilizarlo como un medio argumentativo para imputar resultados³²², pero sin olvidar el fondo del problema para evitar las arbitrariedades a las

Jescheck-FS, pp. 288 s.

SCHMOLLER, JBl 90, pp. 709 s., nota 86, considera que depende de la capacidad de la persona alcoholizada para conducir, considerando que STRATENWERTH tiene razón en supuestos en los que la embriaguez es leve. En estos casos se puede compensar la embriaguez leve con otras medidas complementarias de cuidado como conducir a una velocidad más reducida.

³¹⁵ Vid. por todos las críticas de MAIWALD, Dreher-FS, p. 445.

³¹⁶ Dreher-FS, pp. 443 s. De acuerdo, SCHMOLLER, JBl 90, pp. 709 s., nota 86.

³¹⁷ Gefahr, pp. 278 ss.

³¹⁸ NK, antes de 13/195. Esta autora, ERB, Alternativverhalten, p. 98 y TOEPEL, Kausalität, p. 116, nota 75, consideran que pasa lo mismo en supuestos de ruedas defectuosas o frenos insuficientes (BGH VRS 22, p. 211; BGH 32, p. 209; BGH VRS 37, p. 278). MAIWALD, Dreher-FS, p. 448, señala con razón como no se pueden comparar ciertos defectos mecánicos con la alteración de la personalidad y de la capacidad fruto de la embriaguez.

³¹⁹ Recopilada en JR 85, pp. 479 s., con comentario de KINDHÄUSER en pp. 480 ss.

³²⁰ Se muestran también de acuerdo con la sentencia, KINDHÄUSER y REYES, Imputación, pp. 282 ss.

³²¹ GIMBERNAT, Causalidad, p. 142, había llegado a esta misma conclusión con respecto a los procesos causales hipotéticos; el mismo, RDCirc. 65, p. 678, en el mismo sentido; JAKOBS, ADP 89, p. 1052.

³²² Así, por ejemplo, las SS. T. S. de 4 de julio de 1978 (Pte. Gil Sáez): « el luctuoso suceso se debió a la imprudente conducta del recurrente, ya que de haber ido a velocidad no superior a la limitada en

que puede conducir. Se trata de un problema de imputación del resultado que presupone una correcta determinación del riesgo no permitido³²³, sobre el que este criterio no nos dice nada. En estos casos, aunque el riesgo no permitido es apto en general para lesionar, en el caso concreto no sucede así. Por tanto, este criterio es un medio auxiliar de determinación fáctica para dilucidar una dudosa relación de riesgo entre una persona y un resultado por razones estrictamente limitadas al caso concreto (sobre todo en determinados ámbitos como el del tráfico rodado o el de la actividad médico-quirúrgica).

VII. Otras aportaciones coetáneas a WELZEL

1. La « doctrina social de la acción »³²⁴ asumió esencialmente la determinación del

tal tramo de la carretera « hubiese visto con antelación al peatón, aunque fuera con alumbrado de cruce y hubiera evitado el atropello »; 7 de diciembre de 1978 (Pte. Vivas Marzal): « con la adopción de estas medidas necesarias de seguridad se habría evitado el luctuoso suceso »; 24 de abril de 1979 (Pte. Castro): « de haber circulado el automóvil con luz larga, hubiera divisado al inválido tempestivamente y a la distancia suficiente para detener su marcha o desviarse »; 17 de diciembre de 1979 (Pte. Huerta): « de haber cuidado tan elemental medida de seguridad se hubiese podido evitar el desgraciado accidente »; 19 de diciembre de 1981 (Pte. Cotta): « tal conducta, realizada con olvido u omisión de las precauciones que aconseja la prudencia más vulgar, provocó el accidente de tráfico que se enjuicia, del que resultó la muerte de un hombre, muerte que no se hubiese producido de haberse observado aquellas precauciones; por lo que quedan afirmados los dos extremos que en el recurso se niegan, a saber, la conducta negligente del autor, y la relación de causalidad entre aquella y el daño producido »; 10 de febrero de 1982 (Pte. García Miguel): « la inconsistencia de tal argumento queda puesta de manifiesto al realizar el procedente juicio hipotético, pues se comprueba, que si el procesado recurrente hubiese realizado la acción esperada consistente en guardar las precauciones o cuidados necesarios, dado lo delicado o peligroso del trabajo que estaba realizando, no se hubiese producido el irregular movimiento de la grúa que fue la causa originariamente determinante del accidente »; 18 de junio de 1982 (Pte. Huerta): « si hubiera sido debidamente tratada esa hemorragia faríngea por el procesado, otorrinolaringólogo de guardia, hubiera podido evitarse el fatal desenlace »; 14 de mayo de 1984 (Pte. Cotta): « si el procesado hubiera circulado reglamentariamente y adoptado la debida separación del ciclomotor al proceder a rebasarlo, no le hubiera rozado ni desplazado de su marcha haciéndole caer y no habría ocurrido el atropello inmediatamente posterior »; 24 de noviembre de 1989 (Pte. Bacigalupo): « no cabe duda de que si este procesado no hubiera introducido a la víctima en la situación de riesgo excepcional, ésta no lo hubiera podido hacer por sí ». Un gran ejemplo de la virtualidad de este método auxiliar se puede encontrar en la S. T. S. de 9 de abril de 1990 (Pte. García Pérez), que para ratificar toda su argumentación añade: « Pudiendo añadirse, por si se albergara duda respecto a la imputación objetiva del resultado, que no aparecen vestigios de que igualmente se hubiera producido aunque los aparejadores hubieran actuado correctamente ».

³²³ CORCOY, El delito imprudente, pp. 491 ss.; FRISCH, Verhalten, p. 57.

³²⁴ Bajo la denominación de « doctrina social de la acción » se encuentran concepciones del tipo de lo más variado. Por ejemplo, es preciso diferenciar entre las concepciones existentes antes y después de la consolidación de la « doctrina final de la acción »: la teoría original (Eb. SCHMIDT, PG, §§ 28, 30) concibe el injusto orientado hacia el desvalor del resultado, mientras la evolución posterior se ve cada vez más orientada hacia el desvalor de la conducta de acuerdo con la idea de la « susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad » (Sobre otras traducciones del término « objektive Bezweckbarkeit », CORCOY, El delito imprudente, p. 226). Con esta expresión se intenta insistir en la necesidad de ciertos requisitos objetivos en el tipo. El autor debe utilizar un medio que se pueda entender como idóneo o adecuado en general en caso de que se quiera perseguir un fin como el desvalorado por el tipo. Entre estos últimos autores influenciados por la « teoría del injusto personal » destacan: ENGISCH, Kohlrausch-FS, pp. 160 s.; JESCHECK, Eb. Schmidt-FS, pp. 151 s. y PG, 23 IV 1; MAIHOFER, Handlungsbegriff, passim, Eb. Schmidt-FS, p. 177, Rittler-FS, p. 148 y ZStW 70, p. 171; OEHLER, Zweckmoment, pp. 71 ss., 124 ss. y Eb. Schmidt-FS, pp. 236 s.; WESSELS, PG, 3 II 2c. El principal representante de esta

deber objetivo de cuidado que había propuesto WELZEL mediante la « previsibilidad objetiva » y el riesgo permitido. Tal configuración del deber de cuidado se amoldaba mejor a los postulados de la « doctrina social de la acción », para la cual el fundamento del tipo se encontraba en su relevancia desde el punto de vista de la comunidad social³²⁵, que a los de la « doctrina final de la acción ». Por ejemplo, es difícil discernir en la doctrina de ENGISCH entre las aportaciones que tienen como idea rectora la idea de la adecuación o la idea de la relevancia social de la conducta. Y no podemos olvidar que este autor ha protagonizado en gran medida la construcción del tipo imprudente. El concepto social de acción, frente al final, no era un concepto ontológico, sino normativo: no se pretendía ofrecer un concepto de acción, sino de acción típica³²⁶. Es más, la « doctrina social de la acción » es, en definitiva, una teoría del tipo desvinculada de consideraciones ontológicas. GIMBERNAT³²⁷ describe la aportación de la « doctrina social de la acción » con las siguientes palabras: « La teoría social inicia una marcha triunfal, entierra al causalismo y al finalismo, y afirma que hay que dejarse de ontologías, de naturaleza de las cosas y de estructuras lógico-reales, dado que el concepto de acción sólo puede ser « útil » y « fecundo » para el Derecho penal si se le entiende como un concepto normativo ». La idea del concepto no ontológico de acción ha ido evolucionando hasta convertirse en doctrina mayoritaria. La oposición al finalismo por parte de la « doctrina social de la acción » se desarrolló más bien a nivel de fundamentos generales, pero existía un cierto acuerdo con WELZEL sobre el contenido del tipo. La discusión con el finalismo, para el que era básico el concepto de acción, tuvo como consecuencia una permanente discusión sobre dicho concepto, aunque, en realidad, detrás se escondiera una visión distinta del fundamento del injusto penal (subjetivo u objetivo)³²⁸. Una de las grandes diferencias de esta doctrina, frente al finalismo, consistía en que al desvalor del resultado no se le concedía un papel meramente restrictivo o limitativo de la punibilidad, sino que tenía un papel configurador del injusto, suponiendo la realización de la conducta en un resultado típico un injusto agravado. La « doctrina social de la acción » entendía que la infracción de la norma sólo estaba completa mediante la lesión o puesta en peligro de un objeto material de un bien jurídico. Para este sector doctrinal el Derecho penal no se ocupa primordialmente del desvalor ético-social de las acciones, sino de proteger bienes

doctrina en nuestro país es RGUEZ. MOURULLO. PG, p. 210, con más referencias de la doctrina española y alemana, que ocupa una posición ecléctica dentro de esta línea doctrinal.

³²⁵ MAIHOFER, ZStW 70, p. 182, afirma incluso que en el ámbito del delito imprudente WELZEL defiende un concepto social (objetivo-final) de acción frente al concepto subjetivo-final del doloso.

³²⁶ v. BUBNOFF, Entwicklung, p. 152; GIMBERNAT, ADP 62, p. 556, con más referencias; el mismo, Causalidad, pp. 121 s.; JORGE BARREIRO, Imprudencia, pp. 32 ss., con más referencias.

³²⁷ Estudios, p. 210.

³²⁸ MAIHOFER, ZStW 70, p. 187.

jurídicos. El principal inconveniente de la « doctrina social de la acción » como teoría de la acción típica, es que, aunque correctamente se preocupó por el significado objetivo de la conducta como « unidad de sentido social »³²⁹, no supo desprenderse del mecanicismo naturalista que había caracterizado al concepto causal de injusto³³⁰. Por ello fue rápidamente superada, aunque sus principios metodológicos hayan acabado triunfando como germen de la « teoría de la imputación objetiva ». No es de extrañar que en ENGISCH se encuentren parte de los principios que han orientado a esta teoría del tipo y que otros partidarios de la « doctrina social de la acción » como JESCHECK o WESSELS hayan incorporado dicha teoría a sus manuales de forma natural.

2. Al hilo de esta discusión, un sector doctrinal extenso, en el que se incluyen los discípulos más moderados de WELZEL, ha llegado a la conclusión de que el resultado es un indicador de un injusto más grave. Sólo se da el tipo de injusto completo cuando se produce un determinado resultado material como consecuencia del riesgo no permitido. El resultado no sólo evidencia la infracción de la norma de determinación, sino también la de protección o garantía³³¹. Esta concepción ha determinado la visión mayoritaria en la

329 RGUEZ. MUÑOZ, La doctrina de la acción finalista, pp. 17 s., resume magistralmente la aportación de esta teoría, después de que WELZEL hubiera puesto de manifiesto como el concepto de acción es un concepto « referido al valor », que debe perder la « indiferencia valorativa » propia del sistema causal: « La distinción entre acción y no acción no es ya el resultado de una comprobación de hechos, sino de la interpretación del sentido de los mismos, llevada a cabo bien desde el horizonte individual del agente, bien desde el horizonte social de la colectividad afectada por esta acción. Lo primero se realiza mediante la recepción de una característica final-subjetiva (así WELZEL), lo segundo mediante la inclusión de un criterio final-objetivo (así EB. SCHMIDT y ENGISCH). Por el primer camino se llega al concepto final de la acción, por el segundo al concepto social de la misma.

El concepto final de la acción. La característica determinante es de naturaleza individual, subjetivo-normativa. Con ello resulta que el concepto de acción se halla referido valorativamente al mundo interno del individuo, no al mundo externo de la colectividad. Desde este punto de vista interno, individual del agente, será determinado el sentido de una conducta, su importancia y, con ello, su carácter como « acción ».

El concepto social de la acción. La característica constitutiva del concepto es de naturaleza objetiva-normativa referida a la colectividad social. Por consiguiente, para las doctrinas final-objetivas, el punto de vista valorativo del enjuiciamiento de una conducta en su carácter como « acción » es el de la comunidad social. Desde este punto de vista social será determinada la conducta del individuo en la comunidad, en su ser y sentidos sociales. Si resulta de este examen que tal conducta, por encima de su realidad fáctica corporal, posee un sentido social que la presta relevancia social para su mundo circundante, entonces habrá que decir que dicha conducta es « acción », porque es un acontecimiento « socialmente relevante ». La doctrina de la acción social, al examinar la relevancia social de una conducta no considera como decisiva la voluntad subjetiva del autor, sino la significación objetiva de la conducta como « conexión de sentido social ».

La diferencia entre la doctrina final subjetiva y la objetiva podría expresarse en la siguiente fórmula según MAIHOFER: « Con arreglo a la primera es la voluntad del individuo la que imprime a una conducta su carácter de « acción », mientras que conforme a la segunda esta función corresponde a la colectividad » ».

330 BUSTOS, Control, p. 211; GIMBERNAT, Estudios, p. 210; LESCH, ZStW 105, pp. 293 s., nota 98.

331 BOCKELMANN/VOLK, PG, p. 50; CEREZO, PG, pp. 393 ss., con respecto al delito doloso y 435 ss., con respecto al delito imprudente; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, pp. 50 s., con abundantes

referencias; ERB, Alternativverhalten, pp. 158 ss., 295 s. y passim; GALLAS, Bockelmann-FS, pp. 157 ss., 161 ss., con una aportación esencial, ha considerado que la conducta es materia de la norma de determinación que dice lo que no se debe hacer y el resultado de la norma de garantía o protección que dice lo que no debe ser; GOMEZ BENITEZ, Ejercicio, pp. 154 ss.; GUALLART, ADP 79, pp. 639 ss.; HUERTA, Contenido, pp. 50 ss., en especial 72 s.; JESCHECK, PG, 1 III, 7 I, 24 II y III; JORGE BARREIRO, Imprudencia, pp. 63 s.; KRAUSS, ZStW 76, pp. 59 ss.; KREY, ZStW 90, pp. 203 ss.; KRÜPELMANN, Bagatelldelikte, pp. 96 ss.; KÜPER, GA 80, p. 218; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/48 ss.; LUZON PEÑA, PG, Capítulo 13; PAEFFGEN, Verrat, pp. 110 ss.; PUPPE, NK, antes de 13/19, entendiendo que la concepción mayoritaria del injusto hoy en día en Alemania es la concepción dualista del injusto, en la que tienen relevancia tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado; RGUEZ. MONTANES, Delitos de peligro, p. 129, con abundantes referencias; ROXIN, PG, 10/88; SAMSON, SK, antes de 32/3, 5; STRATENWERTH, Schaffstein-FS, pp. 182 ss.; SUAREZ MONTES, Consideraciones, pp. 75 ss; WEHRLE, Regressverbot, pp. 89 s.

La « teoría de la imputación objetiva », tal y como la entiende la doctrina mayoritaria, tiene su germen en esta concepción dualista del injusto: JESCHECK, PG, 24 II 2; KRÜPELMANN, Bockelmann-FS, pp. 443 ss.; el mismo, Jescheck-FS, pp. 313 ss., para el que la norma de protección desempeña un papel esencial en el injusto; KÜPER, Lackner-FS, pp. 263 ss.; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 171, 610 ss.; ROXIN, PG, 10/93; RUDOLPHI, Maurach-FS, passim; el mismo, Grundfragen, passim; WOLTER, Zurechnung, pp. 25 ss., 33, 46 ss., 115 s., 121 s., 132, 152 ss., 358 y passim, considera que la imputación personal es el dominio de la norma de determinación y la imputación objetiva del resultado es el dominio de la norma de valoración, donde se tienen en cuenta los aspectos normativo-sociales; el mismo, Grundfragen, pp. 107 s.; el mismo, GA-FS, passim, donde plantea duras críticas al finalismo, que denomina « viejo sistema penal » (tanto a WELZEL, ARM. KAUFMANN y STRUENSEE, como lo que denomina camino intermedio de HIRSCH).

Entre estos autores existe una diferencia sustancial: unos entienden el desvalor de la acción como desvalor de la intención, por lo que todos los aspectos objetivos y externos del tipo pertenecen al desvalor del resultado: RUDOLPHI, Maurach-FS, pp. 55, 57 s., 61, 64 s., 70; el mismo, SK, 16/12, antes de 22/5 a, 14, 22/28 ss., aunque posteriormente ha cambiado ostensiblemente su posición en Arm. Kaufmann-GS, pp. 379 s., influenciado por la obra de FRISCH; WOLTER, GA 77, pp. 267 s.; el mismo, Zurechnung, pp. 25 s., 29, 46, 49 s., 65, 78, 113, 115 s., 121 s., 153, 174 y passim, a pesar de utilizar la etiqueta de « injusto de acción objetivo-subjetivo », considera que el injusto se caracteriza conjuntamente por tres elementos: el desvalor de acción, el desvalor de la peligrosidad y el desvalor del resultado (pp. 37 s.). Otros autores entienden que el desvalor de la acción está constituido no sólo por la decisión del autor sino también por momentos objetivos (GALLAS, Bockelmann-FS, p. 156; KRAUSS, ZStW 76, pp. 56, 58, 61 ss., 65 ss.; KRÜPELMANN, Bagatelldelikte, pp. 82 ss., en especial 91 y 94; ROXIN, PG, 97, 101). Sobre estas diferencias en el seno de la « teoría personal del injusto », LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/56.

Sobre estas dos variantes del « desvalor de la acción », RÖTTGER, Unrechtsbegründung, pp. 29 ss.

Un autor de tanta relevancia en la discusión sobre el fundamento del injusto que se ha desarrollado desde los años 50 como STRATENWERTH mantiene una postura contradictoria, si se compara algunas parte de su obra más subjetivistas (Schaffstein-FS, pp. 178 ss., 192 s. y PG, nums. margs. 486, 489 s., 493, 504) frente a algunos retazos en los que rechaza la idea de que el « desvalor de la acción » se reduzca al « desvalor de la intención » (Schaffstein-FS, p. 178, nota 9), aunque desde luego está más cercano al primer grupo que al segundo.

En España, CORCOY, El delito imprudente, distingue entre el injusto imprudente (Cap. II) como materia de la norma de determinación y la imputación objetiva (Cap. III) como materia de la norma de valoración (que para ella, como para toda la escuela de MIR PUIG, se convierte en una norma de sanción o de necesidad de pena). A su vez, la imputación objetiva se divide entre aspectos que afectan a la tipicidad de la conducta (Parte primera) y aspectos que afectan a la imputación del resultado (Parte segunda).

Los partidarios de un « desvalor de acción » puramente subjetivo consideran el riesgo o peligrosidad de la acción un « desvalor primario de resultado », es decir, lo tienen en cuenta dentro del desvalor del resultado. Los autores que tienen en cuenta para el desvalor de la acción elementos objetivos o externos, consideran el riesgo o peligro un problema del « desvalor de la acción » quedando para el ámbito del « desvalor de resultado » la realización de ese riesgo o peligro (cfr. RÖTTGER, Unrechtsbegründung, pp. 38 ss.). La posición de CORCOY (como la de MIR y SILVA) está estrechamente vinculada con la del primer grupo doctrinal.

Por el contrario, se ha quedado como teoría minoritaria, la teoría subjetivo-monista de las normas de ARM. KAUFMANN, Normentheorie, pp. 69 ss., que considera que la constitución de la norma penal

actualidad del tipo de injusto de los delitos de resultado. De acuerdo con esta concepción, la relevancia social de la conducta se tiene, al menos, en cuenta a través de la norma de protección o garantía. Así se fundamenta mejor uno de los grandes avances de ENGISCH y WELZEL: el resultado típico tiene que ser siempre uno de aquéllos que se encontraban protegidos por la norma penal. De esta manera, la imputación del resultado desempeña para un sector mayoritario de la doctrina una función distinta que la que desempeña el desvalor de la conducta, colocándose junto a éste.

Esta « revalorización » de la imputación del resultado en la teoría del tipo imprudente ha tenido importantes efectos que imperan hoy en día en la doctrina mayoritaria. Se acrecentó la importancia de la imputación del resultado como elemento del tipo. La doctrina dirigió especiales esfuerzos a determinar la relación normativa entre autor y resultado (relación de riesgo, relación de antijuridicidad, relación de imputación, relación normativa o jurídicamente entendida de causalidad³³²). En el tipo imprudente se consolidó un problema específico que adquirió denominación propia: causalidad de la infracción del deber de cuidado o relación de causalidad entre infracción del deber y

pasa por dos momentos diferenciados: en primer lugar se realiza un juicio de valoración jurídica negativa previa lógicamente al segundo momento. En ese primer momento o plano del desvalor se desvaloran estados no deseados por el ordenamiento jurídico, lo que caracteriza a la norma de valoración. Pero esta norma de valoración, previa lógicamente a la de determinación, no afecta al injusto ya que no va referida a la acción, entendida como intención finalmente dirigida a la lesión del bien jurídico. Sólo motiva la aparición de la norma. La norma de determinación (prescripción) es, en consecuencia, fruto de un juicio de valoración secundario referido a las acciones encaminadas a producir dichos estados no deseados. La norma de determinación es la transformación es ese « segundo juicio de valoración » en un « juicio del deber », convirtiéndose así en una auténtica norma (norma de determinación). La norma de determinación es la norma de valoración entendida como imperativo. Por esa razón entiende KAUFMANN, que no existe una norma de valoración, protección o garantía distinta a la norma de determinación, sino que forzosamente han de coincidir el objeto de las normas de valoración y de determinación. La finalidad de protección de la norma o la protección de bienes jurídicos aparece como presupuesto de la misma, pero no determina su contenido o alcance. Por ello el aspecto social de la acción, la lesión del bien protegido o el resultado típico no juegan papel alguno en el injusto. Éste queda plenamente configurado en el momento en el que el autor no se deja determinar o motivar por la norma. Las aportaciones de KAUFMANN son resumidas por su discípulo ZIELINSKI, *Handlungsunwert*, pp. 121 ss., que en pp. 315 s. define de forma brillante la diferencia entre juicio de valoración primario y secundario.

Evidentemente, gracias a aportaciones como las de KAUFMANN, la concepción objetivo-monista (causalismo) ya es una concepción que sólo se merece consideraciones históricas. De una forma escueta se podría decir que como base sobre la que discurre la discusión moderna, GALLAS ha triunfado y KAUFMANN ha perdido. La concepción dualista del injusto (objetiva-subjetiva) es la que impera hoy en día con mayores o menores matizaciones dependiendo de cada autor. La línea doctrinal de GALLAS como síntesis entre los impulsos que hay que agradecer al finalismo y ciertos resultados irrenunciables procedentes del anterior grado de desarrollo de la ciencia jurídico-penal determinados por un pensamiento valorativo y teleológico es la que ha triunfado (ZStW 67, p. 47). Cfr. SILVA, *Introducción a El sistema moderno*, p. 14. Sobre la relación entre las ideas de GALLAS y la « teoría de la imputación objetiva » entendida como « fin de protección de la norma », Bockelmann-FS, p. 163.

³³² Cfr. sobre las diferentes denominaciones y criterios, FRISCH, *Verhalten*, p. 62, nota 254; REYES, *Imputación*, pp. 196 ss., con abundantísima bibliografía.

resultado³³³. La superación del finalismo hizo que el desvalor de la acción se viera claramente influenciado por el riesgo permitido, especialmente cuando existían normas jurídicas extrapenales de regulación (conducir un automóvil respetando las reglas del tráfico) mientras que la « previsibilidad objetiva » cobró una especial relevancia como elemento de la imputación de resultados³³⁴ (no toda infracción de una regla extrapenal de conducta que causaba un resultado consumaba el tipo). En el tipo, pues, cobró una especial relevancia el *topos* de la « previsibilidad objetiva » como criterio esencial de la imputación de resultados.

3. No ha de extrañar este replanteamiento del tipo imprudente por parte de la doctrina alemana si tenemos en cuenta la regulación del C. P. alemán. En éste (parágrafo 22) la regulación de la tentativa acabada e inacabada obliga a excluir la punición en caso de que el delito imprudente no se consume³³⁵. Por tanto, negar el resultado equivale a negar el tipo de injusto imprudente³³⁶. La razón es simple: la representación del autor que se exige para la punición de la tentativa es incompatible con la naturaleza del delito imprudente. Para la doctrina alemana la restricción de responsabilidad *ex post* por la no causación del resultado supone el camino más cómodo para conseguir restringir una excesiva criminalización de las conductas. La simple no imputación del resultado conduce ya a la impunidad. Por ello la determinación del riesgo no permitido como elemento del tipo pierde relevancia si éste no se concreta en un resultado.

IX. « La teoría de la imputación objetiva »

1. Una concepción completamente distinta del tipo imprudente vino de la mano de una línea metodológica opuesta a la del finalismo. Frente a la fundamentación ontológica

³³³ En la literatura de habla alemana, DONATSCH, *Sorgfaltsbemessung*, pp. 284 ss.; PUPPE se ha ocupado especialmente de esta problemática: JuS 82, ZStW 99, NK, antes de 13/189.

Las SS. T. S. que se ocupan de este tema, con más o menos acierto en la terminología, son innumerables: 10 de febrero de 1968 (Pte. Escudero); 27 de febrero de 1968 (Pte. Escudero); 30 de septiembre de 1969 (Pte. Escudero); 16 de abril de 1970 (Pte. Escudero); 16 de octubre de 1970 (Pte. Escudero); 26 de abril de 1971 (Pte. Escudero); 4 de noviembre de 1971 (Pte. Escudero); 28 de enero de 1972 (Pte. Díaz Palos); 8 de mayo de 1974 (Pte. Vivas); 2 de mayo de 1975 (Pte. Escudero); 27 de febrero de 1976 (Pte. Escudero); 15 de marzo de 1976 (Pte. Escudero); 21 de diciembre de 1977 (Pte. Hijas); 7 de marzo de 1978 (Pte. Gil); 21 de marzo de 1980 (Pte. Huerta); 13 de diciembre de 1985 (Pte. Soto); 28 de febrero de 1986 (Pte. Soto); 22 de abril de 1986 (Pte. Soto); 19 de junio de 1987 (Pte. Soto); 25 de marzo de 1988 (Pte. Soto); 29 de marzo de 1988 (Pte. Soto); 30 de mayo de 1988 (Pte. Soto); 30 de mayo de 1988 (Pte. Bacigalupo); 20 de noviembre de 1989 (Pte. García Ancos); 12 de noviembre de 1990 (Pte. Soto); 24 de mayo de 1991 (Pte. Soto); 4 de septiembre de 1991 (Pte. Mtez. Pereda); 17 de noviembre de 1992 (Pte. Soto).

³³⁴ MAIHOFFER, ZStW 70, pp. 187 ss.; el mismo, Rittler-FS, pp. 155, 157.

³³⁵ Cfr. ZIELINSKI, AK, 15, 16/107.

³³⁶ Cfr. EBERT, Jura 79, p. 562.

del finalismo, se opuso una sistematización teleológico-funcional. Evidentemente, un cambio radical en la sistematización de la teoría jurídica del delito supone una reformulación de sus distintas partes. En este caso, la visión teleológico-funcional ha tenido una clara influencia en la teoría del tipo a través de las distintas versiones de la « imputación objetiva ». Frente a las concepciones ontológicas del tipo, como el causalismo o el finalismo³³⁷, la teoría de la « imputación objetiva » normativiza el tipo. Ello tiene dos consecuencias: una es que ni la causalidad ni la finalidad del sujeto nos dicen si una persona ha realizado un tipo penal. Es precisa una valoración desde el punto de vista de la norma. Una conducta se ve seleccionada como típica de acuerdo con el fin y sentido de los tipos de la parte especial interpretados teleológicamente³³⁸. La otra consecuencia tiene mayor importancia práctica: a pesar de que una conducta se pueda subsumir formalmente en un tipo penal, sólo se puede desvalorar dicha conducta de acuerdo con el « fin de protección de la norma penal »³³⁹. Ni todo proceso causal que mate o lesione, ni toda intención de matar o lesionar son relevantes para el Derecho penal³⁴⁰. El tipo objetivo pasa a cobrar una especial relevancia dentro de la teoría del tipo, desplazando la importancia que había tenido para el finalismo la finalidad del sujeto. La importancia que para el finalismo tenía la perspectiva *ex ante* pasa a tenerla una perspectiva objetiva *ex post* (*vaticinatio post eventum*). Lo decisivo para el Derecho penal no es el sentido que el autor quería darle a su conducta, sino el ámbito de protección de cada tipo penal. Pero este tipo objetivo ya no se entiende como un mero proceso causal, sino que es fruto de una interpretación teleológico-funcional de los distintos tipos de la parte especial y del fin de protección de cada norma penal. Todos los tipos penales tienen límites valorativos que, en muchos casos, no se encuentran expresamente recogidos en los mismos.

2. Por tanto, ya no es preciso distinguir entre un tipo doloso y un tipo imprudente³⁴¹. Hay que distinguir entre el contenido y alcance de los distintos tipos penales de la parte especial (¿ Qué es matar, causar una lesión, dañar, coaccionar o

³³⁷ Por ello la idea de una teoría general de la « imputación objetiva » ha recibido críticas desde una visión causal del tipo (BAUMANN/WEBER, PG, p. 232; SCHLÜCHTER, JuS 76, pp. 314, 519) y desde el finalismo (ARM. KAUFMANN, Jescheck-FS, pp. 251 ss.; SCHÖNE, H. Kaufmann-GS, pp. 655 ss.; STRUENSEE, GA 87, pp. 97 ss.). Incluso fue rechazada por DREHER/TRÖNDLE hasta la 42ª ed. de su comentario.

³³⁸ ROLDAN, Adecuación social, p. 103; TORIO, Estudios X, pp. 383 ss.

³³⁹ GIMBERNAT, Estudios, p. 217; QUINTERO, PG, p. 282; ROLDAN, Adecuación social, p. 104.

³⁴⁰ CASTALDO, RIDPP 87, p. 882.

³⁴¹ Doctrina mayoritaria en Austria, donde desde el principio triunfó la « teoría de la imputación objetiva »: Cfr. TRIFFTERER, Klug-FS, p. 420 y PG, pp. 130 s., con abundantes referencias; WESSELS, PG, 6 II 2 c). La jurisprudencia austriaca va aceptando gradualmente la posición doctrinal mayoritaria en su país (TRIFFTERER, Klug-FS, pp. 431 ss. y PG, p. 131).

injuriar ?). Sólo después cobra relevancia si esos tipos se realizan de forma dolosa o imprudente.

IX.A. La « teoría de la imputación objetiva » en el delito imprudente: ¿ « El incremento del riesgo » como principio fundamentador del tipo ?

1. Los primeros planteamientos de lo que podemos denominar ya « teoría tradicional de la imputación objetiva » tuvieron lugar en el ámbito del delito imprudente³⁴². En este apartado de la teoría jurídica del delito la doctrina ha desarrollado una serie de criterios normativo-valorativos que operan en el plano de la tipicidad como correctivos de la pura responsabilidad por la causalidad. A estos criterios y a la relación existente entre ellos están dedicadas las siguientes líneas. Precisamente, este desarrollo inicial en el ámbito del delito imprudente fue utilizado como argumento por ARMIN KAUFMANN para negarse a que la « imputación objetiva » se traspasara también como teoría del tipo al ámbito del delito doloso, alegando, entre otras razones, que « tiene escrito en la frente que proviene del delito imprudente »³⁴³. En cuanto a los orígenes de lo que podemos denominar « teoría tradicional de la imputación objetiva » es decisiva la aportación de ROXIN en ZStW 74 (1962) en un artículo sobre la infracción de deber y resultado en los delitos imprudentes³⁴⁴. ROXIN pretende encontrar a través de este artículo limitaciones político criminales que eviten « soluciones injustas »³⁴⁵. De esta manera ROXIN se incluye en la línea doctrinal que pretende establecer límites o filtros normativos *ex post* para imputar resultados a una conducta descuidada. Así pretende combatir el principio escolástico *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*³⁴⁶³⁴⁷. Pero lo pretende hacer no como un problema de causalidad de la

342 CORCOY, El delito imprudente, p. 31.

343 Jescheck-FS, p. 258. De acuerdo, KORIATH, Grundlagen, p. 536; KÜPPER, Grenzen, p. 91 (en la nota 58 relación bibliográfica de los autores partidarios de traspasar dicha concepción del tipo al ámbito del delito doloso). La existencia de una « imputación objetiva » en el delito doloso continua siendo tema de discusión como se expondrá infra IX.C.

344 También en Problemas básicos, pp. 149 ss.

345 P. 422.

346 Sobre este principio contrario al moderno principio de culpabilidad, JAKOBS, ADP 92, p. 1068, con más referencias; REYES, Imputación, p. 4, con más referencias.

347 ROXIN, ZStW 74, p. 431; el mismo, ZStW 78, p. 216; el mismo, Honig-FS, pp. 138 ss. Doctrina dominante: BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 136 s.; CEREZO, PG, p. 267; CORCOY, El delito imprudente, p. 563, con respecto a uno de los criterios utilizados posteriormente por ROXIN: « La función mediata, o última del criterio de fin de protección de la norma es la común a todos los criterios de imputación, de raíz esencialmente político-criminal. Se trata de evitar, que pese a la introducción en el injusto de la infracción de la norma de cuidado y pese a la utilización de principios regulativos, como el riesgo permitido, en el juicio sobre el injusto típico, continúen existiendo castigos que tengan claras connotaciones versaristas »; LARRAURI, ADP 88, p. 749; PUPPE, ZStW 95, pp. 287 s.; RUDOLPHI, JuS 69, p. 549.

infracción del deber, sino de acuerdo con una interpretación teleológica de los tipos penales. Se trata de limitar una imputación del resultado marcada por la causalidad de acuerdo con una medida razonable político criminalmente. En estas consideraciones de tipo político criminal es donde se encuentra la particularidad de las ideas de ROXIN³⁴⁸. De acuerdo con su idea de que es necesario superar la contradicción existente entre lo dogmáticamente correcto y lo político criminalmente satisfactorio³⁴⁹, este autor se plantea conseguir « la delimitación de infracciones del deber que fundamentan el tipo de las infracciones de deber que son irrelevantes para el tipo »³⁵⁰. Es decir, desde el punto de vista del tipo de homicidio, por ejemplo, analizar que conductas imprudentes adquieren el significado típico de matar más allá de la mera constatación de una relación causal. Aunque los planteamientos generales de ROXIN han tenido una gran aceptación en la literatura especializada, sin embargo su primera propuesta concreta y práctica ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria no sólo en Alemania, sino también en nuestro país. ROXIN intenta resolver en este artículo los problemas que suscitaba la cuestión de las conductas alternativas adecuadas a Derecho. ROXIN acepta la solución a esta problemática planteada más arriba cuando es seguro que el resultado es consecuencia del riesgo permitido³⁵¹. Incluso rechaza la consideración de cursos lesivos hipotéticos. Pero ROXIN no considera esta solución aceptable cuando existen dudas. Por ello intenta resolver por una vía distinta los supuestos en lo que sólo se puede probar que probable o posiblemente se hubiera producido también el resultado³⁵². ROXIN propone para estos casos de duda la « teoría del incremento del riesgo »³⁵³. El método que propone para la

348 Fundamentos generales de esta idea en *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Esta línea de pensamiento es seguida en España por CORCOY, *El delito imprudente*, pp. 439 en general y 497 con respecto a la problemática de las conductas alternativas adecuadas a Derecho; en Italia, CASTALDO, *RIDPP* 87, pp. 893, 904.

349 Cfr. SILVA, *Aproximación*, p. 68.

350 *ZStW* 74, p. 431.

351 PG, 11/64, 72. En el mismo sentido, WOLTER, *Zurechnung*, p. 334.

352 Sobre esta cuestión en la literatura alemana más antigua, EXNER, *Frank-FG*, pp. 587 s.

353 *ZStW* 74, pp. 430 ss. Posteriormente, *ZStW* 78, pp. 214 ss.; Honig-FS, p. 138 ss.; PG, 11/72 ss. En el manual la « teoría del incremento del riesgo » se encuentra difuminada entre una serie de criterios de imputación de resultados desarrollados posteriormente por ROXIN. La « teoría del incremento del riesgo » es, en consecuencia, una teoría *ad hoc* para resolver un grupo de supuestos, no un criterio general que fundamenta la imputación de resultados a una persona. No se debe confundir esta idea con la idea general propuesta por ROXIN como « principio del riesgo », que tiene su base en la « teoría de la adecuación » (ENGISCH) y que ha motivado la moderna reformulación teleológica de la tipicidad, como desarrollo de la idea de la « susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad » que era el *topos* argumentativo central de la « doctrina social de la acción ». En la literatura española ha existido una cierta confusión entre la « teoría del incremento del riesgo » y el « principio del riesgo » como principio general de la imputación objetiva de resultados (creación de un riesgo o peligro y realización del riesgo o peligro en el resultado, o producción del resultado como consecuencia del riesgo o peligro inherente a la acción base).

Han adoptado la « teoría del incremento del riesgo », en sus diversas variantes: BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 129 ss., 135 ss.; el mismo, *WK*, 6/74 s., que señala que es una teoría

ampliamente aceptada en la literatura y la jurisprudencia austríacas, a diferencia de lo que sucede en Alemania (cfr. sentencias austríacas en NIEWENHUIS, Gefahr, p. 43, nota 95); JESCHECK, PG, 55 II 2 b aa; KAHLO, Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges, pp. 262, 340 y passim, con su variante de « la teoría del incremento del riesgo en la concreta relación interpersonal »; KÜPER, Lackner-FS, p. 282; LACKNER, 15 III 2 b cc; OTTO, Maurach-FS, pp. 101 ss.; el mismo, JuS 74, p. 708; el mismo, NJW 80, pp. 417 ss.; RUDOLPHI, JuS 69, p. 554; el mismo, SK, antes de 1/65 ss.; SCHAFFSTEIN, Honig-FS, pp. 169 ss.; SCHICK, Behandlungsfehler, pp. 51 ss., con más referencias, señalando como se trata de una teoría ampliamente aceptada en la doctrina austriaca; TRIFFTERER, PG, p. 154, en la línea mayoritaria en la doctrina austríaca; WOLTER, Zurechnung, pp. 334 ss.

Es preciso destacar la posición peculiar de algunos autores: PUPPE (ZStW 95, pp. 302 ss.; la misma, ZStW 99, pp. 603 s.; la misma, NK, antes de 13/120 ss., 205 ss.), que considera que en ámbitos donde se interrelacionan diversos participantes, como el tráfico viario, donde no se pueden delimitar riesgos de forma clara, es donde tiene su aplicación principal la explicación de acuerdo con reglas de la probabilidad, y STRATENWERTH (Gallas-FS, pp. 231 ss.; el mismo, PG, nums. margs. 224 s.) buscan remediar ciertos inconvenientes de la teoría inicial de ROXIN, restringiendo la teoría a los supuestos en los que las dudas no vienen dadas por una falta de información en el caso concreto (no existen suficientes medios de prueba en el proceso), sino generales debido a las limitaciones generales del saber humano. Es decir, cuando nos encontramos ante sucesos que no están completamente determinados en general, la imputación se basaría según estos autores en « leyes probabilísticas » o « leyes estadísticas » y no en « leyes causales » o « leyes deterministas ». Distinguen, pues, entre sucesos que por principio nunca admiten aclaración y sucesos que aunque en general sí la admiten en ese caso no pueden ser explicados. La « teoría del incremento del riesgo » sólo sería aplicable a los primeros. Es decir, en ámbitos en los que sólo se puede trabajar con datos estadísticos. Así, por ejemplo, con respecto a las reacciones en el ámbito de la circulación rodada es imposible colocar dos veces a la misma persona en la situación experimental. Se trata de diferenciar entre cursos lesivos que por principio no pueden aclararse y cursos lesivos que sólo accidentalmente no pueden ser aclarados. Los primeros gravan al autor y sólo en los segundos debe aplicarse de forma exquisita el principio *in dubio pro reo*. Esta teoría tendría su aplicación en ámbitos en los que sólo se pueden obtener datos estadísticos, como por ejemplo, las reacciones instintivas en el tráfico viario. Por tanto, la teoría serviría para facilitar las dificultades teóricas de conocimiento. PUPPE, NK, antes de 13/120 ss. cita algunos supuestos: procesos mediados psíquicamente (120 ss.) y enfermedades donde nunca se puede decir que el tratamiento correcto habría tenido éxito (123 s.). De acuerdo, KAHLO, GA 87, pp. 74 ss.; WOLTER, Zurechnung, p. 339. En contra, ERB, Alternativverhalten, pp. 140 ss.; CURADO, Comportamiento lícito, pp. 349 ss.; JAKOBS, PG, 7/101; el mismo, Imputación, p. 196: « Hasta el momento no se ha logrado describir ni siquiera de modo aproximativo la frontera entre los que es inaprehensible por principio y lo que sólo lo es accidentalmente; probablemente, como ya se ha afirmado críticamente en la doctrina (SAMSON), incluso este límite sea de imposible determinación »; KRÜPELMANN, GA 84, pp. 499 ss.; el mismo, Jescheck-FS, p. 321; SAMSON, SK, anexo a 16/27 a, que considera que no se puede diferenciar entre cursos que por principio pueden o no pueden aclararse. Según PUPPE, ZStW 95, p. 315, « El paso de una imputación en virtud de la causalidad a una imputación en virtud de la creación o aumento del riesgo realizado en la producción del resultado es pequeño y tiene menos importancia de lo que parece en un principio », sobre todo si se tiene en cuenta que en supuestos de situaciones complejas como las de concurrencia de conductas que se suelen dar en el tráfico viario se acude siempre a probabilidades. No se puede admitir esta afirmación gratuita de PUPPE. De lo contrario, ¿ A qué se debería la interminable discusión que ha suscitado la « teoría del incremento del riesgo » ? La diferencia es importante cuando se trata de absolver o condenar a una persona. Mientras PUPPE y STRATENWERTH defienden esta teoría para sustituir a la imposibilidad de prueba, ROXIN pretende demostrar la innecesariedad de más prueba que el incremento del riesgo permitido. Muy interesantes son las respuestas de PUPPE, NK, antes de 13/127 ss. a sus críticos.

Entre los partidarios de la « teoría del incremento del riesgo » existe una discusión no resuelta: mientras unos (BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, p. pp. 86, nota 30, 132; JESCHECK, LK, 13/18, nota 24; el mismo, PG, 59 III 4, nota 26; SCHÜNEMANN, JA 75, pp. 654 ss., GA 85, pp. 354 ss., en especial 357 s., y StV 85, pp. 229 ss., en especial 232 s.) consideran que la teoría sólo es válida para los supuestos de comisión y no es trasladable a la comisión por omisión, otros (OTTO, NJW 80, pp. 423 s.; RUDOLPHI, SK, antes de 13/14 ss.; SCHAFFSTEIN, Honig-FS, pp. 172 s.; STRATENWERTH, Gallas-FS, pp. 237 ss.; el mismo, PG, nums. margs. 215, 224 s., 1028 s.; WOLTER, Zurechnung, p. 336) aplican esta teoría también para la comisión por omisión. ROXIN no se ha pronunciado al respecto (cfr. PG, 11/nota 119). KAHLO, Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges, pp. 319 ss., 340 s, considera que la « teoría del incremento del riesgo

» que ha desarrollado con respecto al delito de comisión no es transmisible directamente a los delitos de comisión por omisión, y propone una solución diferenciada dependiendo de los casos.

En la literatura española la aceptación ha sido escasa: BACIGALUPO, PG, pp. 121 ss., 246; LARRAURI, ADP 88, pp. 749 ss.; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 99 s.; ROMERO, CPC 83, pp. 165 ss.

En contra, BAUMANN/WEBER, PG, 17 I 4; BOCKELMANN/VOLK, PG, 13 V; CRAMER, Schönke/Schröder, 15/171 ss.; EBERT/KÜHL, Jura 79, pp. 572 s.; ERB, Alternativverhalten, pp. 144 s.; FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 128 ss.; FRISCH, Verhalten, pp. 537 ss.; HERZBERG, Verantwortung, pp. 177 ss.; HIRSCH, Univ. Köln-FS, p. 422; JAKOBS, Studien, p. 96, nota 185; el mismo, suplemento a ZStW 74, pp. 26 ss.; el mismo, PG, 7/98 ss., con más referencias; el mismo, Imputación, pp. 192 ss.; KIRSCHBAUM, Vertrauensschutz, pp. 140 s.; KRÜPELMANN, GA 84, passim, variando su posición anterior en Bockelmann-FS; el mismo, Jescheck-FS, pp. 322 ss.; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/104; NIEWENHUIS, Gefahr, pp. 43 ss., 268 s., con más referencias; RANFT, NJW 84, p. 1431; SAMSON, SK, anexo a 16/26 ss., que además ha resaltado la imposibilidad de distinguir entre cursos lesivos que no pueden aclararse en general y los que no pueden aclararse en el caso concreto; SCHROEDER, LK, 16/190; SCHLÜCHTER, JA 84, p. 676; TOEPEL, Kausalität, pp. 128 ss., 146 ss.; ULSENHEIMER, JZ 69, pp. 367 ss.; el mismo, Arztstrafrecht, p. 134; WELZEL, PG, p. 136. En contra, también, la Jurisprudencia alemana (cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, Responsabilidad por el producto, p. 181; NIESSEN, Berücksichtigung, p. 66; ROXIN, PG, 11/74; ULSENHEIMER, Arztstrafrecht, pp. 134 ss.). La austriaca, por el contrario, ha asumido la propuesta de ROXIN (cfr. PG, 11/80, nota 116).

Las tres principales objeciones a la « teoría del incremento del riesgo » de ROXIN son: confusión entre la determinación *ex ante* y *ex post* del peligro, infracción del principio *in dubio pro reo* y conversión de los delitos de resultado (que exigen la imputación objetiva y subjetiva de un resultado para su consumación) en delitos de peligro en los que el resultado opera como mera condición objetiva de punibilidad. Como se verá en el texto, tales objeciones son acertadas, salvo la primera que fue planteada en un principio por ULSENHEIMER, JZ 69, pp. 366 s. La « teoría del incremento del riesgo » en la actualidad deja claro que tiene en cuenta circunstancias que se pueden apreciar *ex post* aunque no hayan sido apreciadas *ex ante* por el autor (cfr. ERB, Alternativverhalten, pp. 120 s.; el mismo, JuS 94, p. 456, con más referencias; JAKOBS, PG, 7/101, con abundantes referencias; KAMPS, Arbeitsteilung, p. 129; MTNEZ. ESCAMILLA, Aproximación, p. 101; OCTAVIO/HUERTA, PG, p. 100; ROXIN, ZStW 78, p. 221; el mismo, Honig-FS, pp. 138 s.; SAMSON, SK, anexo a 16/27). Llamativamente, ROXIN, PG, 11/80, considera que la vieja y criticada teoría del RGSt de que sólo se excluía la imputación del resultado cuando se probaba con seguridad cercana a la certeza que el resultado se hubiera producido igual aunque el autor se hubiera comportado de forma correcta, conduce al final a una correcta utilización de la « teoría del incremento del riesgo ». Y en la exposición que realiza KAHLO, Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs, pp. 323 ss. desde la perspectiva de la « teoría del incremento del riesgo » se puede apreciar como las conclusiones coinciden con la denostada posición del RGSt y son más extensivas desde un punto de vista punitivo que la posición que mantiene actualmente el T. S. alemán desde la sentencia BGHSt 11, pp. 1 ss.

En contra, en la doctrina italiana: MARINUCCI, CPC 92, p. 133.

En contra del traspaso de la « teoría del incremento del riesgo » al ámbito de la comisión por omisión: BAUMANN/WEBER, PG, 18 II 2; HERZBERG, MDR 71, p. 882; el mismo, Verantwortung, pp. 217 ss.; JAKOBS, PG, 29/20; KRÜPELMANN, GA 84, p. 509; NIEWENHUIS, Gefahr, pp. 54 s.; SEELMANN, AK, 13/61; SCHMIDHÄUSER, PG, 16/74; STREE, Schönke/Schröder, 13/61.

En la literatura en lengua española es absolutamente mayoritaria la posición contraria a la teoría de ROXIN: CEREZO, ADP 83, pp. 497 s.; el mismo, PG, pp. 437 s.; GIMBERNAT, Estudios, p. 95, aunque recientemente en ADP 94 defiende una posición no muy distinta en el ámbito de la comisión por omisión, donde hay que reconocer que los problemas de imputación del resultado son todavía más complejos que en el ámbito de la comisión; LUZON PEÑA, PG, p. 386; MIR PUIG, PG, pp. 304 ss.: « para castigar no basta una estimación estadística, sino una razonable seguridad de que en el caso concreto se ha realizado el riesgo típico » y p. 347, con respecto a la comisión por omisión; LUZON, EJB, pp. 3469 s.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 205 ss., emprende una línea de crítica que difiere de la de otros autores que se han ocupado del tema; REYES, Imputación, pp. 244 ss.; SERRANO, Teoría del delito imprudente, pp. 95 s.; SILVA, ADP 87, pp. 542 s.

En el ámbito de la comisión por omisión, BOLEA, ADP 94, p. 392.

Nuestro T. S. también se ha manifestado en contra de esta teoría. La S. T. S. de 12 de junio de 1990 (Pte. Manzanares) afirma categóricamente que « La doctrina dimanante resuelve las dudas al respecto

resolución de estos casos es el siguiente: comparar una hipotética conducta que observe el riesgo permitido con la conducta realizada por el autor. Si la conducta del autor incrementa la probabilidad de lesión con respecto a la hipotética permitida, la lesión del deber encaja en el tipo y, por tanto, tendremos un tipo imprudente consumado. Por el contrario, si no se incrementa el riesgo no se puede imputar el resultado. Es decir, en caso de duda sobre si el riesgo no permitido se ha realizado en el resultado, éste se imputa si se constata que el autor ha creado un riesgo no permitido. El autor carga con la duda si no se puede probar que el resultado es realización de otro riesgo que sea irrelevante para el tipo³⁵⁴. Cuando se crea un riesgo desaprobado se imputa el resultado al autor si ese riesgo no se evidencia (se prueba) como explicación sustitutiva del resultado debido a que otro riesgo lo sobrepasa, lo adelanta o lo desplaza³⁵⁵. Esta teoría ha sufrido una reformulación normativa mediante una propuesta de SCHÜNEMANN: si la regla general de cuidado se muestra *ex post* como útil para mantener el riesgo en unos niveles permitidos y tiene sentido su cumplimiento en el caso concreto se puede imputar el resultado³⁵⁶. Por el contrario, si en ese caso especial la regla general de cuidado era inapropiada o insuficiente no se puede imputar el resultado. Este autor se dio cuenta de algo indudable: en casos concretos la regla de planificación de riesgos que es idónea y apta en general, pierde su función en el caso concreto y falla como instrumento de protección de bienes jurídicos³⁵⁷. Pero esta teoría se ha convertido en una variante de la « teoría del incremento del riesgo » en cuanto sus defensores consideran suficiente para

entendiendo que ha de absolverse siempre que no conste con probabilidad rayana en la seguridad que el resultado se habría evitado con un comportamiento correcto ».

³⁵⁴ KRÜMPPELMANN, Jescheck-FS, p. 324.

³⁵⁵ PUPPE, ZStW 95, p. 314.

³⁵⁶ ROXIN, PG, 11/77; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 652, considerando su « teoría del incremento del riesgo » normativa y la primera formulación de ROXIN naturalista; el mismo, StV 85, pp. 230 s.; el mismo, GA 85, pp. 355 ss.; WOLTER, Zurechnung, p. 336.

La ventaja de la posición de SCHÜNEMANN frente a la propuesta de ROXIN es que se compara en el caso concreto la conducta indebida con la conforme a Derecho. Por el contrario, en la formulación de ROXIN se compara la conducta indebida con un dato estadístico (por ejemplo, la probabilidad de supervivencia de una determinada operación).

KAHLO, Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs, pp. 180 ss., realiza un extenso tratamiento crítico de esta « reformulación normativa ». En contra, también, CURADO, Comportamiento lícito, pp. 344 ss.; FRISCH, Verhalten, p. 533.

³⁵⁷ SCHÜNEMANN, JA 75, p. 583, acude a razones político criminales: la pena se convierte en una « demostración sin utilidad », que se concretan en p. 648: « punición como ejemplo sin finalidad político criminal ».

ULSENHEIMER, Verhältnis, pp. 143 ss.; el mismo, JZ 69, p. 368, ya había desarrollado bastante antes esta cuestión del efecto protector de la norma penal en el caso concreto. ULSENHEIMER desarrolló la teoría del delito imprudente de WELZEL en un punto específico: la relación entre norma de cuidado y resultado típico. La norma de cuidado establece para ULSENHEIMER deberes generales de cuidado que por regla general son apropiados para proteger bienes jurídicos. Pero si la norma en el caso concreto es ineficaz como medio de protección, el resultado no se puede imputar. En estos casos especiales la lesión del deber es neutral y carece de relevancia para el resultado. Sobre la relación entre la aportación de ULSENHEIMER y la de SCHÜNEMANN, KÜPER, Lackner-FS, pp. 256 ss.

imputar el resultado que el cumplimiento de esa regla de peligro abstracto hubiera disminuido el riesgo o servido para aumentar las oportunidades de supervivencia del bien en peligro³⁵⁸. Es decir, mientras no se demuestre que la norma era absolutamente inidónea en ese caso concreto, la duda perjudica al autor. La « teoría del incremento del riesgo », formulada de forma extrema, llega a conclusiones como ésta: si en una zona urbana con un límite de velocidad de 50 km./h., alguien conduce a 53 km./h. y atropella a un peatón y no se sabe con certeza si a 50 km./h. se podría haber evitado el resultado o el límite de velocidad habría reducido el riesgo, se entiende que ese conductor « ha matado » o « ha causado una lesión ». Para ROXIN, el incremento del peligro por encima de lo permitido, hace que la balanza se incline en favor de la protección de bienes jurídicos. Esta teoría intenta paliar estas consecuencias extremas exigiendo que el incremento se pueda considerar importante, sustancial, considerable, relevante, etc³⁵⁹. Pero estas expresiones sólo aportan buenas intenciones. Por ejemplo, ¿ 6 km./h. es ya un incremento considerable ? En los supuestos de infracciones leves en ámbitos muy reglados como el tráfico viario la teoría del incremento del riesgo convierte la imputación del resultado en algo automático. Además, la teoría del incremento del riesgo adolece de otro defecto práctico importante: ¿ Cómo se determina la probabilidad de lesión de la conducta hipotética adecuada a Derecho ? ¿ Cómo se mide la diferencia de probabilidades entre la conducta defectuosa efectivamente realizada y la conducta hipotética adecuada a Derecho ? Obviando estas dificultades prácticas, los problemas de la « teoría del incremento del riesgo » son mucho más profundos. No es de extrañar que esta teoría no haya tenido aceptación en nuestro país³⁶⁰. La « teoría del incremento del riesgo » supone una interpretación extensiva de los tipos penales que no respeta el límite literal posible de los preceptos de la parte especial. El que crea un riesgo no permitido « practica todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado » (art. 16. 1 C. P.), pero no «

358 -----
Aquí reside la diferencia con la posición de ULSENHEIMER, que defiende la « teoría de la evitabilidad » o « teoría del nexo especial entre infracción del cuidado y resultado ». Sobre la teoría de ULSENHEIMER como modelo de « teoría de la evitabilidad », KAHLO, Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs, pp. 240 ss.

359 Bibliografía sobre las distintas acepciones: BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 145; LAMPE, ZStW 101, pp. 47 s.; PREUSS, Untersuchungen, p. 118; ROXIN, ZStW 74, p. 433; el mismo, ZStW 78, p. 219, nota 7; el mismo, Honig-FS, p. 139; RUDOLPHI, SK, antes de 1/67; SCHAFFSTEIN, Honig-FS, pp. 170, 173; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 653; STRATENWERTH, Gallas-FS, p. 239; WOLTER, Zurechnung, p. 336.

Críticas en CURADO, Comportamiento lícito, p. 368; FRISCH, Verhalten, p. 544, que señala con razón, que cada uno comprende por « incremento importante » algo distinto, por lo cual esta teoría acaba atentando contra la seguridad jurídica y favorece tratos desiguales de supuestos valorativamente idénticos; JAKOBS, PG, 7/101; KRÜPELMANN, GA 84, pp. 506 ss., para el cual la « teoría del incremento del riesgo » no puede ofrecer soluciones prácticas en los casos límite.

360 La Jurisprudencia ha hecho caso omiso de este criterio, aunque alguna vez lo haya citado (vid. por todas, S. T. S. de 12 de junio de 1990 -Pte. Manzanares-).

mata » o no causa una lesión. Por lo menos, no se prueba que mate o cause una lesión. Es decir, realiza una conducta que se puede calificar como tentativa (acabada), pero que no se sabe si se ha consumado como homicidio o lesiones. El art. 138 C. P. no desvalora aumentar la probabilidad de lesión para la vida de otros o reducir sus oportunidades de supervivencia, sino que desvalora la efectiva lesión de ese bien jurídico. Si en nuestro ordenamiento la tentativa imprudente es impune³⁶¹, se debe respetar esa decisión del legislador. No se puede aceptar que debido a esa impunidad se quiera convertir toda *tentativa dudosa de haberse realizado en un delito consumado en un delito consumado*. En el delito consumado es esencial constatar siempre que el resultado es consecuencia de un riesgo no permitido. Esta teoría convierte, pues, homicidios o lesiones « intentados » en consumados. La « teoría del incremento del riesgo » es una « manipulación dogmática » para poder punir ciertas « tentativas imprudentes », sobre todo en ámbitos no cubiertos por los delitos de riesgo, como puede ser el médico-quirúrgico³⁶², donde la mayoría de las veces es complejo dilucidar si el resultado es consecuencia de la conducta imprudente del médico o del riesgo natural de la enfermedad. Supone un avance frente a las teorías causales puras para las que era suficiente la relación de causalidad, pero pervierte el sentido de los tipos de resultado³⁶³. Mediante la « teoría del incremento del riesgo » se

³⁶¹ -----
Doctrina tradicionalmente mayoritaria: ANTON ONECA, PG, pp. 219 s.; BAJO, Actualización, p. 37; CORCOY, El delito imprudente, pp. 428, 492, 593; FARRE, ADP 86, pp. 262 s.; FERRER SAMA, Comentarios, p. 60; GIMBERNAT, Estudios, pp. 93, 95; GOMEZ BENITEZ, PG, p. 76; GUALLART, ADP 79, p. 617 y passim; HUERTA, Contenido, p. 40; LUZON, Derecho penal de la circulación, p. 94, aunque admita con la anterior regulación que ésa no era la única interpretación posible, dada la redacción objetiva del antiguo art. 3 CP; el mismo, EJB, p. 2469; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 165, 180, 271; MIR, Función, pp. 67 s.; el mismo, PG, p. 303, « en aras de la seguridad jurídica y por el principio *in dubio pro libertate* »; MUÑOZ CONDE, PG, pp. 212, 259, 264; NUÑEZ BARBERO, ADP 74, pp. 70, 93, con más referencias; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 171 s.; POLAINO, Bien jurídico, p. 373; QUINTANO, Culpa, pp. 198 ss., con más referencias bibliográficas y jurisprudenciales; RGUEZ. MONTAÑES, EJB, p. 3377: « La tentativa imprudente, aunque conceptualmente posible, es impune »; RGUEZ. MUÑOZ, ADP 53, pp. 226 s.; DEL ROSAL, Tratado de Derecho penal español, p. 147; SERRANO, Teoría del delito imprudente, pp. 338 ss.; SILVA, La Ley 84, p. 1043; el mismo, ADP 84, pp. 369 s.; el mismo, Aproximación, p. 419, nota 450.

En la Jurisprudencia más reciente: SS. T. S. de 30 de octubre de 1969 (Pte. Escudero); 30 de abril de 1976 (Pte. García Miguel): no es punible « porque en nuestro Ordenamiento Penal Positivo no se halla tipificado el *crimen culpae* »; 28 de mayo de 1982 (Pte. Vivas).

³⁶² JAKOBS, PG, 7/98: « la teoría del incremento del riesgo tiene la función de un sustituto penal para la tentativa imprudente, siempre impune conforme al Derecho vigente »; LAMPE, ZStW 101, pp. 4 s.; SCHÜNEMANN, JA 75, pp. 649 ss. y GA 85, p. 356, reconoce que no se puede negar lo acertado de las críticas de BAUMANN, JAKOBS, SAMSON, SCHROEDER y ULSENHEIMER, aunque tampoco se pueden olvidar las ventajas político criminales que conlleva la « teoría del incremento del riesgo » para paliar lagunas de impunidad.

No es casual que en el ámbito de las imprudencias médicas sea donde han centrado los partidarios de la « teoría del incremento del riesgo » la demostración de las ventajas político criminales de su teoría y donde se ha centrado la discusión sobre los inconvenientes y las ventajas político criminales de esta teoría (FRISCH, Verhalten, pp. 551 ss., se ocupa de esta discusión en sentido crítico).

³⁶³ También pervierten PUPPE, ZStW 95, p. 288 y SCHAFFSTEIN, Honig-FS, pp. 173 ss. las reglas de la participación cuando utilizan la « teoría del incremento del riesgo » para superar los problemas de impunidad de la participación cuando no se puede explicar la relación causal con el hecho típico

convierten en tipos consumados « tentativas acabadas imprudentes » que se sospecha que se pueden haber consumado. Es decir, no se desvaloraría la producción *típica* (mediante un riesgo típico) de un resultado, sino generar riesgos determinados estadísticamente, pero que no se sabe si se han realizado en el resultado. En estos casos de duda en los que no se puede saber si el riesgo típico se realizó en el resultado ROXIN incurre en la idea versarista de que no es posible diferenciar en una conducta una parte permitida y otra prohibida³⁶⁴, y por tanto el autor responde de todo lo que sea consecuencia de su comportamiento antijurídico. Pero si así fuera, tampoco se podría excluir la imputación del resultado cuando no hay dudas de que el resultado es realización de la parte permitida de un riesgo. Conclusión que, como hemos visto, no es admitida por el propio ROXIN, que sólo aplica la « teoría del incremento del riesgo » cuando existen dudas, pero no cuando existe certeza. La norma penal no protege a los bienes jurídicos frente a todo tipo de riesgos. Ni siquiera aunque ciertos riesgos no desvalorados se creen mediante una conducta antijurídica. La « teoría del incremento del riesgo » es la mejor muestra de los peligros que encierra un sistema orientado en cada problema concreto hacia la mejor solución político criminal sin tener en cuenta como objeto de análisis de un correcto método dogmático las leyes emanadas de los órganos legitimados para ello. Se puede querer corregir la ley, como en este caso, por razones político criminales que el legislador ha rechazado o no ha tenido en cuenta. Es decir, no se respetan ciertas exigencias mínimas del principio de legalidad. Este es el principal inconveniente de la « escuela de la política criminal » inspirada por ROXIN. Existe un acuerdo doctrinal sobre que la creación de un riesgo no permitido, de un riesgo jurídicamente desaprobado o de un riesgo típico es un elemento indispensable para la consumación de los tipos puros de resultado, pero de ahí a que se convierta en un elemento suficiente hay un salto cualitativo sobre el que la « teoría del incremento del riesgo » no puede convencer dogmáticamente, sino sólo aludiendo a razones político criminales atendibles de *lege ferenda* pero no de *lege lata* ³⁶⁵.

principal.

³⁶⁴ No es casual, pues, que los defensores de la « teoría del incremento del riesgo » partan unánimemente de esta idea: KÜPER, Lackner-FS, pp. 286 s.; PUPPE, ZStW 95, p. 314; ROXIN, PG, 11/74; RUDOLPHI, SK, antes de 1/68; STRATENWERH, Gallas-FS, p. 238.

BURGSTALLER, Die normativen Lehren, pp. 392 ss., partidario de la « teoría del incremento del riesgo », expone los peligros de expansión de la responsabilidad penal a la que lleva esta teoría en la práctica. Este testimonio del autor austriaco tiene especial relevancia si tenemos en cuenta que le Jurisprudencia de su país utiliza este criterio.

³⁶⁵ No nos podemos olvidar que la política criminal se fija en problemas, razones o intereses concretos que existen en la realidad, y de la ponderación de esas razones e intereses concretos surge el Derecho (tipos de la parte especial y reglas generales de imputación) que regulan dicha realidad social. Así, por ejemplo, KRÜMPELMANN, GA 84, pp. 508 s., ofrece razones profundas y meditadas sobre los perniciosos efectos que la « teoría del incremento del riesgo » podría tener en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica. De *lege ferenda* son, en principio, tan atendibles las razones de este autor como las de

IX.B. La imputación objetiva en el delito imprudente: ¿ El « fin de protección de la norma » como criterio decisivo para la imputación de resultados ?

1. La « teoría del incremento del riesgo » incurre, pues, en una idea versarista, lo que conduce a una expansión de la responsabilidad por imprudencia: una vez que una persona se porta de forma inadecuada ya no se puede delimitar la parte típica de su comportamiento de la parte permitida. Todo su comportamiento es globalmente desvalorado. El argumento de que de lo contrario se producen absoluciones escandalosas, no determina el contenido real de los tipos de resultado, sino que no es más que una excusa para pervertir su sentido. Y el argumento de que en actividades con un alto índice de riesgo como ciertas intervenciones quirúrgicas delicadas la posición contraria conduce a que las personas actúen imprudentemente confiadas en la impunidad, tiene que ver con los instrumentos de prevención general que puede ofrecer el ordenamiento, pero no con la problemática de la imputación de un homicidio o unas lesiones a una persona. En las páginas anteriores ya me he manifestado contra esta idea, que ha producido el rechazo de la doctrina mayoritaria. En el año 62 un autor español, GIMBERNAT, inicia en Alemania, al mismo tiempo que ROXIN, un camino distinto para solucionar la problemática de las « conductas alternativas adecuadas a Derecho »³⁶⁶. Ese camino distinto es el del « fin, ámbito o campo de protección de la norma ». La idea

ROXIN.

Es más « honrado » defender claramente de *lege ferenda* la punición de « tentativas acabadas imprudentes » para evitar absoluciones que pueden parecer inadmisibles como han hecho en la doctrina alemana STURM, ZStW 59, p. 32 o WOLTER, Zurechnung, pp. 193 ss., 299 s. La doctrina alemana ha llegado a la conclusión de que los problemas político criminales que intenta solucionar la « teoría del incremento del riesgo » sólo se puede lograr mediante una reforma legislativa: FRISCH, Verhalten, pp. 546, 562; JAKOBS, suplemento a ZStW 74, pp. 29 s.; el mismo, 7/102, que de *lege ferenda* propone la punición de la tentativa imprudente, o, al menos, la punibilidad en la parte especial de ciertas tentativas en supuestos concretos (por ejemplo, las imprudencias graves de los cirujanos o de tratamientos médicos); NIEWENHUIS, Gefahr, pp. 48 s.; SCHÜNEMANN, StV 85, p. 233, realiza una propuesta de creación de un tipo especial de peligro para las imprudencias médicas temerarias; TOEPEL, Kausalität, p. 133.

O, incluso, también cabe defender la creación de un tipo genérico de peligro para la vida, la salud o la seguridad personal, al estilo del § 89 del C. P. austriaco.

En este sentido consideraciones como las de PUPPE, NK, antes de 13/120 ss., sobre ámbitos donde siempre es imposible determinar al 100 % que el resultado tiene que ver con la conducta antijurídica deben hacer reflexionar. En ámbitos como el tratamiento de cánceres o de enfermedades infecciosas graves la simple protección de los enfermos con los tipos puros de resultado conduce, irremediabilmente, a la impunidad más absoluta. Por muy evidente que sea la imprudencia del médico, nunca se podrá determinar si en ese caso concreto el paciente pertenece al 5 % o 10 % de pacientes que a pesar de recibir un tratamiento de acuerdo con la *lex artis* acaban falleciendo como consecuencia de la enfermedad. El principio *in dubio pro reo* obliga a absolver. En mi opinión, este es un problema que la « teoría del incremento del riesgo » ha dejado en evidencia y frente al que hay que ofrecer una respuesta legislativa.

³⁶⁶ ADP 62, pp. 544 ss., Causalidad, pp. 140 ss. y RDCirc. 65, pp. 676 ss.

del « fin o ámbito de protección de la norma » superó a las tradicionales teorías del « nexo de antijuridicidad » o de la « relación de causalidad de la infracción del deber de cuidado » con sus distintas variantes. El criterio tal y como fue propuesto por GIMBERNAT se extiende más allá de esta problemática y se convierte para este autor en el criterio esencial de imputación de resultados tanto en el delito imprudente como en el delito doloso³⁶⁷: « dicho grupo de casos no es más que una parcela de una constelación mucho más amplia que requiere una solución unitaria »³⁶⁸. Este criterio supera a la « teoría de la evitabilidad » porque imputa resultados también en supuestos en los que una conducta correcta no habría evitado el resultado (cursos lesivos en reserva)³⁶⁹. GIMBERNAT utiliza el siguiente ejemplo³⁷⁰: « El asesino quiere envenenar a su víctima a las siete de la tarde. A las cinco de la tarde va a la farmacia. Lleva una receta del veneno que quiere utilizar que le ha entregado un amigo suyo médico, quien conoce las intenciones del autor. Para no comprometer a su amigo, el asesino está decidido a hacer uso de la receta sólo si el farmacéutico se niega a despacharle el producto. Pero el farmacéutico infringe su deber y vende el preparado venenoso sin exigir presentación de la autorización médica. Si suprimimos in mente la acción antijurídica - despacho del preparado sin receta - y añadimos in mente la acción adecuada a Derecho - despacho del preparado sólo si previamente se presenta la receta -, el resultado (envenenamiento) se habría producido también en todos sus detalles concretos - con el mismo veneno - y en el mismo instante - también a las siete de la tarde habría envenenado el asesino a su víctima ». GIMBERNAT argumenta³⁷¹ con respecto al farmacéutico que « lo único que interesa es que se comportó imprudentemente y que el resultado que se produjo (envenenamiento doloso, es decir: un uso prohibido del preparado) fue precisamente uno de los que la ley quiso impedir al establecer el deber de vender productos venenosos sólo a los que presentan la correspondiente autorización médica ». Pero, sobre todo, supera a la « teoría de la evitabilidad » porque este criterio excluye la imputación de resultados aunque con la conducta alternativa adecuada a Derecho no se hubiera producido el resultado³⁷². Mediante el « fin de protección de la norma » se evitan los supuestos vistos más arriba al criticar la « teoría de la evitabilidad » denominados por KRÜMPELMANN como

³⁶⁷ Causalidad, pp. 145, 147; el mismo, RDCirc. 65, pp. 680 s. En tiempos recientes (ADP 94, p. 9) ha vuelto a insistir que la imputación objetiva « opera, fundamentalmente, con la idea del fin de protección de la norma ».

De acuerdo en que el criterio del « fin de protección de las norma » es de aplicación también en los delitos dolosos, CORCOY, Imputación, p. 61.

³⁶⁸ Causalidad, p. 140 y RDCirc. 65, p. 676.

³⁶⁹ MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 248.

³⁷⁰ Causalidad, p. 135.

³⁷¹ Causalidad, p. 144 y RDCirc. 65, p. 680.

³⁷² MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 248.

supuestos de « reflejo de protección de los deberes ». Es decir, supuestos en los que no se evitarían los resultados de la forma planificada en general por la norma penal, sino arbitraria o casualmente debido a circunstancias del caso concreto. Ello es debido a que las normas no imponen deberes para impedir un resultado en general, sino uno bien determinado³⁷³. GIMBERNAT utiliza una serie de ejemplos en los que una persona crea un riesgo no permitido, pero el resultado es consecuencia del riesgo permitido que acompaña siempre a cierto tipo de actividades (circulación viaria o ferroviaria). Así, si un conductor no respeta los límites de velocidad cuando entran o salen alumnos de los colegios y se arroja un suicida ante el vehículo, argumenta que sería absurdo afirmar « que el mandato de disminuir la velocidad en las cercanías de escuelas persigue proteger, además de a los niños, a los suicidas. Son imágenes de niños las que figuran en las señales de peligro, no de personas apuntándose con una pistola en la sien ». GIMBERNAT pasa a ser el primer autor que defiende el método esencial que define a la « teoría de la imputación objetiva » tal y como hoy la concebimos: « averiguar la ratio de la ley »³⁷⁴. Posteriormente, JAKOBS utiliza también esta idea de GIMBERNAT³⁷⁵. Pero el particular desarrollo de la « teoría de la imputación objetiva » llevada a cabo por el autor alemán, nos obliga a dedicarle un apartado en particular (infra XI).

El criterio del « fin de protección de la norma » parte de un principio completamente distinto al de la « teoría del incremento del riesgo »: la norma sólo desvalora ciertos riesgos, por lo que un resultado sólo es típico si supone una realización de un riesgo típico, pero no de un « riesgo permitido acompañante »³⁷⁶. Por ejemplo, si alguien no respeta un límite de velocidad, pero el resultado no es consecuencia de ese aumento de riesgo, sino que se realiza el riesgo general de conducir, no se puede imputar el resultado.

373 Causalidad, p. 141 y RDCirc., p. 677.

374 Desarrolla esta idea en tiempos recientes en Estudios, pp. 212 ss. P. 217: « existen otros criterios (los de la imputación objetiva), derivados del sentido y del fin de los tipos penales, y de los principios que los rigen, que excluyen también la prohibición (tipificación) penal, a pesar de que la Ley no hace referencia a ellos para nada: así y por ejemplo, de los principios que informan al Derecho penal de hecho se deduce que una acción dolosa causante del resultado típico no es, sin embargo, típica, si el comportamiento es objetivamente intachable y no presenta, con ello, ninguna base desvalorable; así y por ejemplo, y por un elemental razonamiento teleológico, a una acción imprudente causante de un resultado típico, tampoco puede aplicársele el juicio de tipicidad si la norma que impone el deber diligencia se estableció para evitar resultados distintos del que en concreto se produjo ».

375 En una fase inicial, Studien, pp. 100 ss. y suplemento a ZStW 74, pp. 26 ss. La doctrina alemana ha reconocido que este criterio tiene su origen en el autor español: KAHLO, Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges, pp. 240 s., nota 501; KRÜPELMANN, Jescheck-FS, p. 335, nota 63, a favor de la tesis de GIMBERNAT y en contra de las críticas de ULSENHEIMER; ROXIN, Honig-FS, p. 140, nota 20; RUDOLPHI, JuS 69, pp. 550, nota 9, 552; TOEPEL, Kausalität, p. 142; ULSENHEIMER, Verhältnis, pp. 52 s., 117 s., en sentido crítico debido, según este autor, a la indeterminación y arbitrariedad del criterio.

376 MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 260 ss.; NIESSEN, Berücksichtigung, p. 69.

Los principios del « incremento del riesgo » y del « ámbito de protección de la norma » son incompatibles, ya que parten de premisas opuestas. Aquí reside, en mi opinión, una de las cuestiones centrales de la moderna teoría del tipo en los delitos puros de resultado: o se admite la idea de que se pueden delimitar *ex post* los riesgos permitidos de los no permitidos o no se admite, pero no caben caminos intermedios como aceptar los dos principios. Decir que el criterio del « fin de protección de la norma » sólo se aplica cuando no hay dudas sobre que el resultado es consecuencia de un riesgo no permitido, y el « principio del incremento del riesgo » cuando existen dudas en ámbitos con riesgos generales elevados, supone una continua contradicción. Esta contradicción permanente no es apreciada por un gran sector de la doctrina que utiliza uno u otro de los criterios según le convenga³⁷⁷. Incluso ROXIN adoptó posteriormente ambos criterios³⁷⁸ y GIMBERNAT, recientemente, defiende la « teoría del incremento del riesgo » o, al menos, una teoría idéntica en lo esencial, como complemento de la suya³⁷⁹. El criterio del « fin de protección de la norma » parte del principio de que en supuestos de concurrencia de riesgos típicos y permitidos, es preciso constatar que el resultado es realización de un riesgo típico. Este criterio tiene como principio básico la idea de que la norma de conducta sólo está referida a determinados riesgos, no teniendo que evitarse la realización de

³⁷⁷ -----
CORCOY, El delito imprudente, pp. 521 ss., 561, 572 s., en la línea que supone la principal objeción a su trabajo: en vez de sistematizar la teoría del tipo imprudente, se limita a acumular criterios propuestos por la doctrina; la misma, Imputación, pp. 58 s., 77 ss., que considera que ambos criterios no son contrapuestos, sino complementarios y como tales han de ser aplicados de forma coetánea o sucesiva y que la utilización de uno u otro criterio depende de la clase de supuestos; OCTAVIO/HUERTA, PG, p. 102, resaltan como la teoría del « ámbito de protección de la norma » permite negar la « imputación objetiva » en casos en los que existe un incremento del riesgo; pero señalan que también puede suceder lo contrario, por lo que llegan a la conclusión de que « en ambos casos la tesis aplicable será la que favorezca al reo ».

La utilización de ambos criterios es criticada por MTNEZ. ESCAMILLA desde otra perspectiva: « ROXIN parece olvidar en muchas ocasiones el principio del incremento del riesgo y acudir directamente al fin de protección de la norma. Ello parece ser debido a la toma de conciencia de la insuficiencia del aumento del riesgo para definir el nexo, de que la aplicación exclusiva de este criterio podría conducir a resultados injustos. Otras veces esta apelación al fin de la norma responde a la inherente incorrección del principio del incremento del riesgo en el caso concreto. A pesar de ello, se sigue manteniendo este principio como criterio decisivo que no puede ser sustituido, aunque a veces sí complementado, por el del fin de protección de la norma de cuidado. Esta evolución que se observa en el principio del incremento del riesgo en la que pasa de ser el elemento único determinante de la realización del riesgo a ser un criterio más que por sí mismo no puede obtener resultados correctos y cuya aplicación se suele restringir a los « ejemplos clásicos », ¿ no podría entenderse como un indicio de la innecesariedad de este criterio ? ¿ Merece realmente la pena la construcción de una tesis tan compleja como la teoría del incremento del riesgo cuando de hecho sólo se aplica para la resolución de un número muy reducido de supuestos ? ». Curiosamente, esta autora considera equivocada la idea « de que dentro del riesgo que sobrepasa la medida del riesgo permitido puede distinguirse una parte permitida y otra prohibida » (Imputación, pp. 218 s., 242, nota 205). Desde esta perspectiva no me es posible alcanzar la manera de defender en los tipos de resultado el criterio del « fin de protección de la norma », si se parte del principio que inspira a la teoría contraria. Posteriormente ha mantenido esta autora la misma posición en Aproximación, p. 103.

³⁷⁸ Tratados en el manual bajo la problemática de la « realización del riesgo no permitido », PG, 11/59 ss.

³⁷⁹ ADP 94, pp. 29 ss.

riesgos permitidos o, lo que es lo mismo, de todo tipo de riesgos. La opinión contraria, que considera que en ciertos supuestos no se crean con una conducta varios riesgos, sino un sólo riesgo que no se puede partir en una parte permitida y otra desvalorada incurre en un sinsentido: al autor se le reprocha crear un peligro para un bien jurídico mayor que el permitido, pero no se puede determinar cuál es el riesgo permitido en ese caso.

2. ROXIN y sus seguidores (sobre todo RUDOLPHI), desarrollaron este *topos* del « fin de protección de la norma » desde una perspectiva distinta, que sirviera a sus propósitos de interpretar los tipos penales de acuerdo a un método teleológico-funcional. El *topos* de la « previsibilidad objetiva » pasó a carecer de utilidad en el marco de un sistema funcional y teleológico, y se desarrolló el criterio del « fin de protección de la norma » como principio teleológico que permitía resolver mejor los problemas relacionados con la tipicidad³⁸⁰. Ante la falta de resultados prácticos de la « teoría de la causalidad relevante » de MEZGER³⁸¹, el mejor criterio era el del « fin de protección de la norma ». Además, y fundamentalmente, este criterio resaltaba con claridad que el problema del tipo no era un problema causal, sino una cuestión relacionada con la interpretación teleológica de los tipos penales y la determinación de su alcance (búsqueda del fin, sentido y alcance de las formulaciones típicas). La « teoría de la imputación objetiva » pretende, pues, superar el papel de las « teorías de la causalidad adecuada » y de la « causalidad relevante » para el tipo. La « teoría de la relevancia » ya se distancia metodológicamente de la « teoría de la adecuación », aunque la adoptara en su seno, y se asemeja a la del « fin de protección de la norma ». No se utiliza un criterio *ex ante* para delimitar el alcance de lo típico, sino un criterio *ex post* de valoración de acuerdo con la formulación de los distintos tipos penales³⁸². Se encuentra asentada en la literatura la idea

380 -----
ROXIN, CPC 89, p. 755, en un artículo en el que resume su contribución personal para la elaboración dogmática de una teoría teleológico-funcional del tipo, afirma que su versión de la « imputación objetiva » « tiene un alcance, en esencia, mayor que la teoría de la adecuación, la cual es una preconfiguración incompleta y, en cierta medida, embrional de la moderna teoría de la imputación »; WOLTER, GA 77, pp. 264 s., como heredero de la línea doctrinal abierta por ROXIN y RUDOLPHI. Sobre la misma evolución en la doctrina civil alemana, LARENZ, Honig-FS, pp. 82 ss.

Por ejemplo, el OLG Hamm, NJW 73, p. 1422 (recensión OTTO, JuS 74, pp. 703 ss.) consideró previsible para un conductor que conducía bajo la influencia de bebidas alcohólicas la ¡ Causación de una muerte por hepatitis ! (la enfermedad se contagió al ser tratada la víctima del accidente con hemoderivados contaminados). La decisión puede ser correcta en la solución, ello no interesa aquí de forma directa. Lo que me interesa señalar es que el *topos* de la « previsibilidad objetiva » es un criterio elástico en el que cabe todo. En este caso no se puede decir que, antes del contagio, el suceso tal y como se desarrolló fuera previsible para nadie.

381 ROXIN, PG, 11/35.

382 Muchos autores alemanes entienden que la « teoría del fin de protección de la norma » característica de la « teoría tradicional de la imputación objetiva », no es más que una teoría enriquecida de la causalidad relevante: BLEI, PG, p. 104; FRISCH, Verhalten, p. 17; ARM. KAUFMANN, Jescheck-FS, p. 270.

de que estas « teorías de la causalidad » eran en realidad « teorías primitivas de la imputación » que buscaban criterios valorativos de delimitación del alcance de los tipos penales³⁸³. Por ello no es preciso, a estas alturas, insistir en esta idea. Volvamos, pues, al desarrollo del criterio del « fin de protección de la norma » por parte de la « teoría de la imputación objetiva ».

Desde un punto de vista práctico, el *topos* de la « previsibilidad objetiva » facilitaba la imputación versarista de resultados. Es decir, era un criterio demasiado extenso e indefinido que encerraba el peligro de que su utilización por parte de la Jurisprudencia conducía a que se imputara todo resultado que tuviera su origen en una conducta ilícita³⁸⁴. Así, por ejemplo, si alguien adelanta de forma incorrecta y el accidente se produce por un defecto irreconocible de una rueda, al autor se le imputarán todas las consecuencias del accidente por haber comenzado su adelantamiento de forma incorrecta. Cualquier resultado que tuviera su origen en una conducta incorrecta se podía considerar previsible³⁸⁵. Y ello aunque, como sucede en este caso, el resultado no tenga nada que

383 ARROYO, Seguridad en el Trabajo, p. 187, que considera que los puntos de vista desarrollados por las « teorías de la causalidad adecuada » y de la « causalidad relevante », « han sido asumidos por la moderna dogmática y, junto con otros criterios, han dado lugar a la llamada teoría de la imputación objetiva »; BUSTOS, Control, pp. 230 s.; el mismo, PG, p. 200; GIMBERNAT, ADP 63, pp. 544 ss., refiriéndose al « verdadero sentido del problema causal »; el mismo, Causalidad, pp. 105 ss.; GOMEZ BENITEZ, Causalidad, p. 24; LARRAURI, ADP 88, p. 716, muestra su acuerdo con GIMBERNAT; LUZON PEÑA, Derecho Penal de la Circulación, pp. 22 s., muestra su acuerdo con GIMBERNAT; RGUEZ MOURULLO, Caso fortuito, p. 107; ROMERO, CPC 83, p. 161; ROXIN, PG, 11/33.

ROXIN, CPC 89, p. 754: « Esta concordancia de la teoría de la adecuación con la de la imputación objetiva no es ninguna casualidad, porque, en realidad, la teoría de la adecuación, como se ha reconocido desde hace tiempo, no es una teoría causal, sino una teoría de la imputación. Ella no afirma nada sobre la lógica relación de causa-efecto, sino que responde a la cuestión de cuáles condiciones son relevantes jurídico-penalmente. Ya Mezger tuvo en cuenta esto, en cuanto habló de una teoría de la relevancia en vez de una teoría de la adecuación (Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3ª ed., 1949, pp. 122 ss.) ». Sobre esta misma posición en Derecho civil, LARENZ, Honig-FS, pp. 88 ss.

Desde mi punto de vista, todas las teorías causales, hasta las más puras, fueron, en realidad, teorías de la imputación. Las versiones más primitivas lo eran. Partían de un concepto de injusto distinto al imperante hoy en día. Toda afectación de un bien jurídico era un injusto. Cuando la intuición indicaba que en el caso concreto la solución no era aceptable se recurría al *topos* de la « interrupción del nexo causal ». Pero esta referencia a « la interrupción del nexo causal » no era más que una denominación para una solución intuitiva. Por ello se buscaron nuevos criterios. La « teoría de la adecuación » enriqueció el injusto en sus formulaciones finales, con elementos subjetivos o personales. Y la « teoría de la relevancia » intentó una mayor restricción con elementos teleológico-valorativos (es una teoría nacida en plena influencia del neokantismo en la literatura jurídico-penal).

384 MARINUCCI, CPC 92, pp. 123 s.; MAURACH, GA 60, pp. 100 s., comentando el estado de la doctrina jurisprudencial alemana insiste que hay que reducir el ilimitado criterio de la previsibilidad a límites racionales; RUDOLPHI, JuS 69, pp. 550 s., con respecto a la Jurisprudencia alemana; SCHÜNEMANN, GA 85, p. 358, considera tanto la « previsibilidad objetiva » como la « cognoscibilidad » del riesgo no permitido « fórmulas vacías »; WOLTER, Zurechnung, p. 53.

Todo lo manifestado por estos autores contra la doctrina del tipo imprudente del T. S. alemán se puede traspasar al nuestro. Un ejemplo se puede encontrar en la S. T. S. de 4 de febrero de 1993 (Pte. Conde-Pumpido), en la que se afirma que hay supuestos de incendios o catástrofes que aunque admite que son excepcionales han de considerarse previsibles.

385 FRISCH, Vorsatz, p. 141.

ver con las normas que regulan el adelantamiento en las vías públicas. La doctrina presentó esta necesidad de superar el *topos* de la « previsibilidad objetiva » y los problemas que acarreaba con el siguiente eslogan: « Precisamente la experiencia general nos enseña que también existen cursos causales atípicos »³⁸⁶. Casi todo es, pues, objetivamente previsible³⁸⁷. La idea de la adecuación había prestado su servicio, pero su aplicación en la práctica tenía connotaciones versaristas. Frente al viejo *topos* de la « previsibilidad objetiva » que había sido tan rentable en el tipo para WELZEL³⁸⁸ y la « doctrina social de la acción »³⁸⁹, el criterio del « fin de protección de la norma » permitía soluciones más diferenciadas a las diversas cuestiones relacionadas con la interpretación de las normas penales³⁹⁰. Problemáticas como la « prohibición de regreso », las « conductas alternativas adecuadas a Derecho », las autopuestas en peligro, el riesgo permitido, las intervenciones posteriores de tercero, los « daños consecuenciales », etc. eran cubiertas por el manto del « fin de protección de la norma » que fue recibiendo gradualmente una mayor concreción en su aplicación a problemas concretos. La « previsibilidad objetiva » o « relación de adecuación »³⁹¹, como exigencia de que en todos los tipos de resultado consumados se cree un riesgo (tendencia lesiva) y ese riesgo se realice en el resultado, se pasó a entender como un presupuesto indiscutible de tales

³⁸⁶ BACIGALUPO, PG, p. 120; MARINUCCI, CPC 92, p. 124; OTTO, Jura 92, p. 93; REYES, Imputación, p. 273; RUDOLPHI, JuS 69, p. 551; el mismo, SK, antes de 1/55; WOLTER, GA 77, p. 260, donde muestra su acuerdo con su maestro RUDOLPHI.

La S. T. S. de 21 de diciembre de 1993 (Pte. Bacigalupo) se hace eco de esta idea, para defender las ventajas del concepto de « riesgo permitido » frente al de « previsibilidad »: « En realidad, previsible es casi todo lo que puede lesionar un bien jurídico cuando alguien manipula un objeto peligroso cuyo uso no está por sí mismo prohibido ». El ponente insiste posteriormente en la S. T. S. de 26 de marzo de 1994 que « previsible es casi todo; pero punible sólo pueden ser las acciones constitutivas de un peligro no permitido ».

³⁸⁷ MUÑOZ CONDE, PG, p. 214.

³⁸⁸ PG, p. 46, para la imprudencia.

³⁸⁹ ENGISCH, Kausalität, pp. 41 ss.; MAIHOFER, ZStW 70, pp. 182 ss.

³⁹⁰ PUPPE, NK, antes de 13/232; STRATENWERTH, PG, nums. margs. 1091 ss.

NIEWENHUIS, Gefahr, pp. 18 ss., expone de forma detenida y con abundantes referencias como el T. S. alemán ha ido abandonado el criterio de la « previsibilidad » en beneficio del criterio del « fin de protección de la norma ». En su exposición resalta que la principal razón para este cambio de la doctrina jurisprudencial es que los criterios y propuestas de solución son más concretos.

³⁹¹ Sobre este *topos* en la literatura moderna, denominado también « criterio, relación o nexo de adecuación »: ARROYO, Seguridad en el Trabajo, pp. 191 ss.; BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 76; el mismo, WK, 6/62; CORCOY, El delito imprudente, pp. 423 ss.; FRISCH, Tipo, p. 27; JORGE BARREIRO, Imprudencia, pp. 65 s.; LUZON PEÑA, PG, pp. 378 ss.; MTNEZ. ESCAMILA, Imputación, pp. 79 ss.; MIR PUIG, PG, pp. 243, 304, con más referencias; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 91 ss.; REYES, Imputación, pp. 267 s.; RGUEZ. MOURULLO, Caso fortuito, pp. 108 s.; ROXIN, CPC 89, p. 754: « Un curso causal que fue iniciado por el autor, pero en el cual no fue realizado el peligro creado por él, no es adecuado, por lo que el resultado no se le puede imputar al autor. A todo esto, el principio de la realización de peligro está contenido en la teoría de la adecuación »; el mismo, PG, 11/34; RUDOLPHI, JuS 69, p. 552; SCHÜNEMANN, JA 75, pp. 578 ss.; el mismo, GA 85, pp. 358 ss.; TRIFFTERER, Bockelmann-FS, pp. 212 s.; el mismo, PG, p. 127; WOLTER, GA 77, pp. 257, 267 ss., 273 s.

tipos³⁹², al igual que la relación de causalidad entre una persona y el resultado, pero los criterios normativo-valorativos (riesgo permitido, relación entre el resultado y el riesgo típico) se trataron ya claramente como una cuestión relacionada con el fin de las normas penales. Así se delimitaron claramente las cuestiones estrictamente normativas de otras cuestiones con las que tradicionalmente se encontraban entremezcladas (sobre todo la causalidad). Como vimos supra IV.3., ésta era una de las características negativas de la « teoría de la causación adecuada ». RUDOLPHI fue el primer autor que en el marco de esta escuela de la política criminal dedicó un trabajo especial a la superación de la idea de la « previsibilidad objetiva » mediante la búsqueda del sentido y finalidad de la norma de cuidado en el delito imprudente³⁹³. El título de este artículo deja claro cuál es su tema de estudio: Previsibilidad y finalidad de protección de la norma en la doctrina penal de la imprudencia. RUDOLPHI traspasó al Derecho penal la idea del « fin de protección de la norma » que había sido tratada en profundidad por la doctrina civil alemana y asumida por el T. S. alemán³⁹⁴. La idea era la misma que la defendida por GIMBERNAT siete

392 En la nota anterior se puede apreciar como en todo trabajo que trate en profundidad el tema de la imputación de resultados no se puede obviar una referencia. Bien como criterio, como línea de pensamiento, como nexo o relación, etc. Es evidente para toda la doctrina que la idea de la realización de un riesgo es un requisito imprescindible para la consumación de los tipos de resultado.

393 JuS 69, p. 550.

394 JuS 69, p. 550, con las consiguientes referencias. Sobre la teoría de la « imputación objetiva » en la dogmática civil: DEUTSCH y LARENZ en sus contribuciones al Honig-FS. La « teoría de la imputación objetiva » aplicada al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual ha sido tratada en la dogmática civilista de nuestro país por PANTALEON PRIETO. En un comentario a la S. T. S. (Sala 1ª) de 4 de octubre de 1982 (La Ley 83, pp. 386 ss.) que no reconoce el derecho a indemnización de la víctima por haberse producido el resultado mortal sólo por culpa de ésta, afirma (p. 388) que « nuestra doctrina y jurisprudencia civiles no distinguen (lo que a mi juicio sería adecuado) entre problemas de causalidad en sentido estricto o « causalidad fáctica » (lo que los anglosajones llaman *causation in fact*) y los problemas de « imputación objetiva » o « causalidad jurídica » (lo que la doctrina alemana llama *objektive Zurechnung* y los anglosajones *causation in law*), siendo la primera esencialmente una cuestión de hecho resoluble con arreglo a la teoría de la equivalencia de condiciones y la segunda una cuestión exquisitamente normativa a resolver con específicos criterios de imputación (principio de « incremento del riesgo », principio de « exclusión de riesgo general de la vida », principio de « la finalidad protectora de la norma », etc.) ».

RUDOLPHI hizo bien en fijarse en un criterio que estaba ofreciendo indudables resultados positivos en la sistematización de otras ramas del ordenamiento. Un método de interpretación teleológico-funcional no es exclusivo de una sola disciplina, sino que su corrección se debe demostrar en todos los ámbitos. Pero RUDOLPHI no se para a explicar las diferencias que puede ofrecer este criterio en un ordenamiento con una orientación teleológica completamente distinta (en la doctrina civil ya no se puede hablar, por ejemplo, de finalidades político criminales). En el Derecho civil prima el daño y el perjuicio causado, ya que tiene como función repartir costes y cargas en la vida social. Nadie solicita que le indemnicen por un daño que no existe pero podía haber existido. Por el contrario, el Derecho penal no se ocupa sin más de daños materiales que ocasionan perjuicios, sino de la ruptura de reglas elementales de convivencia. No se dedica simplemente a restablecer daños económicos. Por ello el Derecho penal es un Derecho más orientado a regular y configurar conductas que el Derecho civil. El ordenamiento penal no desvalora lesiones o puestas en peligro aisladamente consideradas, sino conductas que lesionan o ponen en peligro. Este aspecto no fue tenido suficientemente en cuenta por RUDOLPHI cuando se ocupa en su artículo de la « finalidad de protección de la norma » en la doctrina penal de la imprudencia. Su propósito es buscar soluciones más aceptables a ciertos problemas concretos con ayuda de las referencias al « fin de protección de la norma ».

años antes en el marco del Derecho penal: no todo resultado está protegido por la norma de cuidado infringida por el autor y, por tanto, no es suficiente una relación de causalidad entre la conducta descuidada y una lesión para imputar un resultado típico. Las normas de cuidado no existen para impedir todo resultado, sino sólo determinados tipos de causaciones de resultados³⁹⁵. RUDOLPHI reconoce la validez de la aportación de GIMBERNAT, al igual que su asunción en aquellos momentos por parte de un reducido sector doctrinal (JESCHECK, ROXIN, SCHÖNKE-SCHRÖDER, ULSENHEIMER³⁹⁶), pero en su opinión el criterio no se encontraba lo suficientemente explotado por la doctrina penal y no prestaba el rendimiento que ya había demostrado en el ámbito del Derecho civil. Para RUDOLPHI era evidente que los juicios de experiencia propios de la « teoría de la adecuación » no eran suficientes para imputar resultados, sino que era preciso añadir una ponderación normativa (determinación de riesgo como no permitido y realización de ese riesgo no permitido)³⁹⁷. Este autor considera que la fórmula de la adecuación para la imputación de resultados debe ser completada mediante la mejor y más refinada medida de imputación de la « doctrina del fin de protección de la norma »³⁹⁸. RUDOLPHI descubre ya en este trabajo, en la línea propuesta por GIMBERNAT, que los supuestos en los que la conducta infractora del deber desencadena diversos peligros que en parte son antijurídicos y en parte son permitidos³⁹⁹ son el objeto de tratamiento del criterio del « fin de protección de la norma ». Los casos a resolver con el criterio del fin de protección son supuestos en los que coincide una « tentativa (acabada) imprudente » con una causación permitida de un resultado, que en absoluto se puede entender como equivalente al tipo de injusto del delito imprudente⁴⁰⁰. Y ello aunque la posibilidad de producir el resultado sea previsible para el autor, ya que no tiene ningún deber de planificar dicho resultado que se ha producido. RUDOLPHI resuelve mediante el criterio del « fin de protección de la norma » los mismos problemas que había resuelto GIMBERNAT: a) los problemas de « reflejo de protección de la norma »⁴⁰¹, que son supuestos en los que un comportamiento correcto no hubiera producido el resultado, pero el autor no tenía el deber de planificar el resultado tal y como se produjo y b) la

ROXIN, Honig-FS, pp. 144 ss., se da cuenta de esta deficiencia en la argumentación de RUDOLPHI, y se preocupa de establecer las correspondientes diferencias entre el Derecho penal y el Derecho civil, vinculando el « fin de protección de la norma » a un concepto normativo de acción contrario al concepto ontológico del finalismo.

³⁹⁵ JuS 69, p. 552.

³⁹⁶ JuS 69, p. 550, nota 9.

³⁹⁷ JuS 69, p. 557.

³⁹⁸ JuS 69, p. 552.

³⁹⁹ JuS 69, pp. 552 s.

⁴⁰⁰ JuS 69, p. 553.

⁴⁰¹ Pp. 552 s. (III.1).

problemática de las conductas alternativas adecuadas a Derecho⁴⁰². RUDOLPHI defiende la « teoría del incremento del riesgo » desde el punto de vista del « fin de protección de la norma ». Para este autor la norma de cuidado prohíbe crear un riesgo no permitido, por lo que si el resultado es causado mediante una conducta que supera la medida de lo permitido, se ha consumado el tipo de homicidio o lesiones. Pero es preciso objetarle a RUDOLPHI que las normas prohíben conductas, no medidas estadísticas de riesgos, como ya he comentado supra IX.A.1. En nuestro Derecho positivo evitar creaciones de riesgos no permitidos no es la *ratio* propia de los tipos de resultado consumado, sino de la regulación de la tentativa (art. 16 C. P.). Los tipos consumados exigen un *plus* frente a la tentativa acabada donde se desvalora exclusivamente « practicar todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado ». RUDOLPHI, para sentar el principio de que un riesgo no se puede dividir en una parte permitida y una prohibida, utiliza el argumento de que de lo contrario se condenaría a las reglas de prevención de peligros en ámbitos con un resto de riesgo elevado a la ineficacia. Todo autor de un delito se podría defender mediante el argumento de que posiblemente el resultado no es sólo consecuencia de la parte no permitida del riesgo⁴⁰³. Pero a esta argumentación de RUDOLPHI se le puede argumentar algo que ya se ha indicado supra IX.A.1.: ese es un argumento político-criminal, pero no dogmático. No busca el sentido y finalidad de los tipos puros de resultado, sino la modificación del fin y sentido de las normas y la extensión de su campo de protección por razones político criminales. Además de esta objeción que se le puede hacer a todos los partidarios de la « teoría del incremento del riesgo », habría que objetarle a esta idea de RUDOLPHI que si hay dudas sobre si a la producción del resultado ha contribuido también la parte permitida del riesgo ello no exime siempre de responsabilidad al autor, ya que puede ser que la parte no permitida sí se haya realizado en el resultado. Evidentemente, siempre que alguien crea un riesgo no permitido en el tráfico viario o en una actividad industrial, en el resultado no se realiza sólo el riesgo no permitido, sino también el riesgo de que esas actividades estén permitidas. Sin la autorización de dichas actividades se habría evitado el resultado. Pero ello no significa que para explicar el resultado no necesitemos la conducta antijurídica del autor. La « teoría del incremento del riesgo » no pretende solucionar estas cuestiones que no ofrecen dudas, sino que va más allá: pretende imputar el resultado aunque existan dudas sobre si sólo el riesgo permitido propio de conducir un automóvil o explotar una industria es el que se ha realizado en el resultado, por lo que el riesgo típico carecería de influencia en el mismo.

402 Pp. 553 s. (III.2).

403 JuS 69, p. 554.

RUDOLPHI da un paso más y extiende el método del « fin de protección de la norma » a problemas que no habían tenido un tratamiento extenso por parte de la doctrina jurídico-penal, ya que no planteaban especiales dificultades, pero que habían sido tratadas ampliamente por la doctrina civilista y solucionadas por ésta mediante el criterio del « fin de protección de la norma ». Estas cuestiones, que por primera vez son resueltas en la dogmática penal con ayuda de este criterio, son tres:

a) Los « daños secundarios » cuando, como consecuencia de una primera lesión, la víctima sufre una segunda⁴⁰⁴. La problemática es la general: la conducta infractora del deber desata dos peligros distintos⁴⁰⁵. Uno es el que se realiza en la primera lesión o en la lesión inmediata y otro el que se produce en segundo lugar por la concurrencia de otras circunstancias. Por ejemplo, un niño sufre una intoxicación de vitaminas como consecuencia de una conducta imprudente de una farmacéutica y cuando es tratado en el hospital contrae una gripe de la que muere. ¿ Se puede imputar el fallecimiento a la farmacéutica ?

b) Mientras un médico trata a la víctima del delito comete un fallo que mata al paciente⁴⁰⁶. ¿ Se puede imputar el fallecimiento al autor originario de la lesión ?

c) Una persona favorece una autopuesta en peligro o pone en peligro bienes jurídicos ajenos motivando que terceros realicen actividades arriesgadas de salvamento⁴⁰⁷. Por ejemplo, alguien incendia una casa y motiva que los bomberos se autopongan en peligro para salvar vidas humanas.

Aquí no voy a resolver estos problemas que trataré a lo largo de este trabajo de investigación, analizando la extensa discusión que motivó RUDOLPHI con este artículo. Quiero señalar, únicamente, que este autor alemán extendió la utilidad del criterio del « fin de protección de la norma » y planteó unos problemas alrededor de los que se desarrolló la discusión posterior sobre este criterio.

⁴⁰⁴ JuS 69, p. 554 (III.3). Vid. también BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 125 ss.

⁴⁰⁵ Por ello en este caso RUDOLPHI utiliza el criterio del « fin de protección de la norma » y no el del « incremento del riesgo ». Lo que nunca resuelve RUDOLPHI, en mi opinión porque no se puede resolver, es cómo se delimita cuando una conducta crea dos riesgos distintos, uno permitido y otro prohibido, y cuando crea un único riesgo con una parte permitida y otra prohibida.

⁴⁰⁶ Pp. 555 s. (III.4). Vid. también BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 116 ss.

⁴⁰⁷ Pp. 556 s. (III.5). Vid. también BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 112 ss.

IX.C. La superación definitiva de la « doctrina final de la acción ».
El traspaso de la « teoría de la imputación objetiva » al ámbito del delito doloso

1. La « teoría de la imputación objetiva », como hija de un sistema teleológico-funcional, tenía un oponente metodológico claro. Se trataba de la « doctrina final de la acción », que partía de un método completamente distinto: una sistematización ontológica del Derecho penal. Por ello, al mismo tiempo que planteaba su novedosa « teoría del incremento del riesgo », ROXIN criticó en otro artículo a la « doctrina final de la acción ». El artículo crítico de ROXIN en ZStW 74⁴⁰⁸ aportó matizaciones novedosas que añadían consistencia a las tradicionales críticas de la « doctrina social de la acción », con la que este artículo se encuentra estrechamente ligado. ROXIN no duda que « una definición de acción que debe servir de concepto superior del sistema ha de tener necesariamente una naturaleza específicamente jurídico-penal y vinculada a la ley ». « Tal concepto se obtiene mediante abstracción de las diversas manifestaciones de la conducta punible »⁴⁰⁹. Este autor insiste en que el concepto jurídico-penal de acción variará si el legislador decide punir o no punir los delitos imprudentes o los de omisión. Por tanto, su planteamiento difiere esencialmente del concepto ontológico de acción propio del finalismo, del que se deduce un planteamiento propio. Las conclusiones de ROXIN son evidentes: « No se puede solucionar ningún problema jurídico con conceptos que son previos a los contenidos de sentido jurídicos »⁴¹⁰. « Fuera del mundo de los valores sociales y de las normas jurídicas no se puede decir de ninguna forma de conducta si es o no es final, porque no se puede determinar apriorísticamente respecto del Derecho qué elementos de sentido han de incluirse en ese concepto »⁴¹¹. Para ROXIN un concepto de acción pretendidamente ontológico y casi de Derecho natural es inservible⁴¹². Este autor llega también a la conclusión de que la « doctrina final de la acción » tenía razón al afirmar que con la teoría del tipo no se pretende describir un proceso causal, sino imputar dimensiones de sentido contrarias a las normas penales. Pero su posición supone un cambio radical de la visión del tipo propia de los finalistas más ortodoxos: « Lo correcto es invertir la relación entre acción, finalidad y tipo; no es cierto que una estructura de la acción de carácter prejurídico y vinculante para el legislador sea la que determine el

408 Pp. 515 ss. Respuesta de WELZEL en Erinnerungsgabe für Max Grünhut, pp. 173 ss.

409 Problemas básicos, p. 85.

410 Problemas básicos, p. 98.

411 Problemas básicos, p. 113.

412 Problemas básicos, p. 99.

contenido de la finalidad y del tipo, sino que, por el contrario, el tipo nacido de consideraciones valorativas jurídicas y orientado a los contenidos sociales de significado determina qué conducta es final en sentido jurídico y qué circunstancias hay que incluir en el tipo subjetivo »⁴¹³. Aquí se encuentran algunas bases del posterior desarrollo de « la teoría de la imputación objetiva »: a) el tipo no es dolo ni imprudencia, sino realización dolosa o imprudente de tipos penales; b) el tipo objetivo, como dimensión social de la acción, debe recobrar la importancia que ha perdido con la « doctrina final de la acción », para la cual el tipo objetivo se reduce a la mera causalidad; c) la teoría del tipo no describe procesos causales, sino que intenta determinar el contenido social de significado de los distintos tipos de la parte especial, por lo que los tradicionales problemas de causalidad son problemas de imputación. En este sentido, afirma ROXIN: « Hay que sustituir la teoría final *de la acción*, si se quiere persistir en el punto de partida final, por una teoría final *del tipo*. Esto no se debe malinterpretar tomándolo en el sentido de que se trata sólo de una modificación terminológica y sistemática. Por el contrario, el mismo concepto de finalidad es distinto: es de carácter normativo y, según su contenido de sentido, sólo se puede descubrir mediante una interpretación de los tipos concretos »⁴¹⁴. En estas palabras se encuentra el fundamento material del « fin de protección de la norma » para el Derecho penal, que ROXIN vincula con la « teoría de la adecuación social » originaria de WELZEL, « antes de que el « giro hacia la ontología » le desviara de esa vía »⁴¹⁵. Se había iniciado una revolución metodológica, aunque ROXIN todavía no llegara a desarrollar un método teleológico-funcional. La vinculación del concepto normativo de acción con la construcción teleológica de la teoría jurídica del delito⁴¹⁶ tiene como artículo programático una contribución al libro-homenaje a Honig: Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal⁴¹⁷. Esta contribución comienza con la siguiente afirmación: « El cambio de perspectiva aquí propuesto de la causalidad a la imputación traslada el centro de gravedad en la teoría de la acción del ámbito ontológico al

⁴¹³ Problemas básicos, p. 114.

⁴¹⁴ Problemas básicos, p. 114. Con cursiva en el original.

⁴¹⁵ Problemas básicos, p. 115.

⁴¹⁶ Honig-FS, p. 147.

⁴¹⁷ Pp. 133 ss. En español, Problemas básicos, pp. 128 ss. Es lógico que ROXIN aprovechara la obra de HONIG para realizar esta obra fundamental. HONIG había aprovechado en el Festgabe für Frank (1930) el estudio sobre la teoría de la imputación de HEGEL llevada a cabo por LARENZ en 1927. Las aportaciones de estos dos autores aparecieron en el panorama doctrinal cuando la « teoría de la causalidad adecuada » había triunfado ya como teoría del tipo. La ventaja de estas dos posiciones frente a la idea de la adecuación es que diferenciaban mejor las diferencias entre causalidad y tipicidad. Por esa razón ROXIN se aprovechó de este sustrato ideológico (cfr. CASTALDO, RIDPP 87, p. 891; ROXIN, CPC 89, p. 751, nota 3; el mismo, PG, 11/46). En este mismo libro-homenaje LARENZ (pp. 79 s.) resume su contribución y la de HONIG, aunque resaltando como las conclusiones de ambos varían al desarrollar LARENZ una teoría de la imputación iusfilosófica y, por el contrario, centrarse HONIG en la imputación penalmente relevante.

normativo »⁴¹⁸. En realidad, aunque esta frase pueda ofrecer cierta confusión, ROXIN traslada sus aportaciones sobre el concepto jurídico-penal de acción, que, como él mismo había dicho, carece de relevancia práctica, al tipo objetivo⁴¹⁹. En este trabajo se puede apreciar ya la importancia que cobra en el ámbito del tipo el criterio del « fin de protección de la norma » entendida en sentido amplio, tal y como ya lo había planteado RUDOLPHI.

2. La principal aportación de ROXIN en este artículo supone el traspaso de la « teoría de la imputación objetiva » al ámbito del delito doloso⁴²⁰. Principalmente para los tipos de resultado que son los que plantean mayores problemas, ya que en los otros tipos la idea del bien jurídico protegido había contribuido a desarrollar una interpretación teleológica de los tipos⁴²¹. La « teoría de la imputación objetiva » empezó así a adquirir

⁴¹⁸ P. 133.

⁴¹⁹ Cfr. CEREZO, PG, p. 344, nota 9; GIMBERNAT, Estudios, p. 208, nota 96. ROXIN, Problemas básicos, p. 147, resume así lo que ha supuesto su contribución al Honig-FS para la moderna discusión dogmática: « Cada vez gana más terreno la concepción de que para el Derecho penal es menos importante averiguar si y con qué requisitos se puede calificar como « acción » una conducta humana, que establecer cuándo y hasta qué punto se le puede imputar como fundamentador de la responsabilidad un resultado a una persona. A esos esfuerzos por una nueva fundamentación de una teoría jurídico penal de la imputación está dedicado el artículo aquí reproducido, que en este sentido debe completar por el lado positivo mis observaciones críticas sobre el concepto de acción ».

⁴²⁰ Pp. 136 ss. El desarrollo posterior de esta idea en Arm. Kaufmann-GS, p. 247 y passim y Chengchi Law Review, pp. 231 ss. En el mismo sentido, WOLTER, Imputación, pp. 66 s.

Tradicionalmente, los estudios dogmáticos sobre el riesgo permitido o la adecuación social se han caracterizado por una radical diferencia en el tratamiento del delito imprudente y del doloso: CORCOY, El delito imprudente, pp. 31, 319 y passim; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, p. 161, que recoge esta cuestión; LARRAURI, ADP 88, pp. 752, 766; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 95 ss.; REHBERG, Risiko, passim (especialmente, p. 233); ROEDER, Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, pp. 34 ss. (40, 47); SCHROEDER, LK, 16/160, se manifiesta en un sentido similar al de ZIPF; ZIPF, ZStW 82, pp. 633 s. considera que « el marco de la libertad de acción se trasgrede si se quiere una lesión de un bien jurídico ». Estas posiciones han recibido las críticas de FRISCH, Verhalten, pp. 122 s.; HERZBERG, Unterlassung, p. 246; JAKOBS, PG, 7/nota 69, señalando que la intención no puede crear el tipo objetivo.

La idea de que el riesgo permitido (o la adecuación social) limita también el ámbito del tipo doloso es una idea que va adquiriendo fuerza en la doctrina alemana: FRISCH, Vorsatz, pp. 82 ss., 139, 377, nota 69, 140, nota 72, con más referencias, 158 s., 160 s.; el mismo, Tipo, pp. 71 s.; GEPPERT, Jura 87, p. 670; HERZBERG, JuS 86, p. 260; el mismo, JR 86, p. 7; el mismo, JZ 87, p. 538; el mismo, NJW 87, p. 1462; el mismo, JuS 87, p. 778; el mismo, JuS 96, p. 381; el mismo, GA 96, pp. 14 s.; JAKOBS, en el Cap. 7º de su manual, antes de los Caps. 8º (dolo) y 9º (imprudencia); KRAUSS, ZStW 76, p. 48; MAIWALD, Jescheck-FS, pp. 422 s.; PREUSS, Untersuchungen, pp. 194 ss.; PRITTWITZ, JA 88, p. 436; ROXIN, PG, 11/56; SCHMIDHÄUSER, PG, 9/31, aunque lo entiende como una causa de justificación; SCHRÖDER, Sauer-FS, pp. 239 s.; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 160 s.

En lengua española, BACIGALUPO, PG, pp. 138 s.: « La infracción de la norma requiere, no sólo el peligro para el bien jurídico, sino un peligro que vaya más allá del riesgo permitido; éste resulta, de tal manera, una circunstancia que excluye ya la lesión de la norma, tanto en los delitos dolosos como en los culposos. Consecuencia de ello es que, en los delitos de lesión, la imputación objetiva del resultado se elimina cuando la acción no representa un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, un aumento no permitido del riesgo tolerado para el bien jurídico »; GIMBERNAT, Estudios, pp. 215 s.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 153 ss.; la misma, Aproximación, p. 93; REYES, Imputación, pp. 96 ss. En contra, PORTILLA, CPC 91, p. 736.

⁴²¹ Sólo es preciso consultar la contribución siguiente de RUDOLPHI a este libro-homenaje sobre ciertos aspectos del bien jurídico.

madurez como teoría global del tipo. De esta manera, aunque no se dijera de forma expresa, la idea original de GIMBERNAT⁴²² de utilizar el criterio del « ámbito de protección de la norma » tanto para el delito imprudente como el doloso, comenzaba a cobrar cuerpo. De acuerdo con esta nueva perspectiva, en los tipos dolosos el tipo objetivo tampoco se reducía a la causalidad. Aunque un autor sepa y quiera causar un resultado y efectivamente lo cause no existe una realización del tipo si no ha creado un riesgo jurídicamente relevante. Al igual que no es suficiente una relación causal con un resultado y una conducta imprudente para que quede constituido un tipo imprudente, tampoco es suficiente causar un resultado queriendo causarlo para constituir un tipo doloso. El objeto del dolo no era la causalidad, sino un riesgo desaprobado por una norma penal⁴²³. El riesgo permitido desempeña, por consiguiente, un papel no sólo en los tipos de resultado imprudentes, sino también en los dolosos. ROXIN plantea con un ejemplo, de forma gráfica, las consecuencias de su posición para el delito doloso: el cirujano que realiza una operación irreprochable de acuerdo con la *lex artis* en la que muere el paciente no lleva a cabo una acción homicida aunque la muerte del paciente sea una muerte querida⁴²⁴. El autor alemán desarrolla mediante esta « revolución » de la comprensión del tipo objetivo del delito doloso una serie de límites normativos que se pretendieron establecer previamente mediante la idea de la adecuación⁴²⁵. No se trataba sólo de supuestos en los que no se crea un riesgo⁴²⁶. Existen supuestos en los que se crea un riesgo que se realiza en un resultado, y aún así no se realiza un tipo de forma dolosa. Tampoco se trataba de supuestos relacionados con la errónea representación del autor doloso (*error in persona*, *dolus generalis*, *error in objecto*, desviación de cursos causales, etc.). En el delito doloso el « fin de protección de la norma » no tiene su influencia sólo para imputar resultados típicos, sino sobre todo para imputar riesgos típicos. En el delito doloso el método teleológico-valorativo propio de la « teoría de la imputación objetiva » se ha desarrollado en el *topos* de la no elevación del riesgo permitido o de la falta de un riesgo jurídicamente desaprobado⁴²⁷.

⁴²² GIMBERNAT, Estudios, pp. 215 s., ha resaltado como el riesgo permitido, como instituto para limitar la tipicidad de ciertas conductas, juega el mismo papel para el dolo y la imprudencia. En el mismo sentido, su discípula MTNEZ ESCAMILLA, Imputación, pp. 153 ss. y Aproximación, p. 93.

⁴²³ ROXIN, Chengchi Law review, pp. 231 s.

⁴²⁴ Honig-FS, p. 144.

⁴²⁵ Las propuestas con base en la « teoría de la adecuación », se puede encontrar en OTTO, NJW 80, p. 418, nota 19.

⁴²⁶ Como los supuestos de « disminución del riesgo » (p. 136), en los que se modifica uno ya existente disminuyendo en parte sus efectos lesivos.

⁴²⁷ En tiempos recientes esta idea ha sido desarrollada por ROXIN en su respuesta al artículo de ARM. KAUFMANN en Jescheck-FS, en el que éste se negaba a traspasar los principios inspiradores de la « imputación objetiva » al delito doloso, publicado en el libro en memoria de KAUFMANN bajo el título « Finalidad e imputación objetiva ». Como se puede apreciar en esta discusión entre ambos autores

3. ROXIN demostró que la delimitación de lo típico no tiene que ver directamente sólo con la finalidad del autor⁴²⁸. La conclusión es que las tradicionales críticas que recibió el finalismo en el ámbito del delito imprudente pasaron a extenderse al delito doloso: tampoco en el delito doloso la « doctrina final de la acción » podía definir los límites de lo correcto en el tráfico. Esta conclusión hecha por tierra los principios fundamentales del finalismo que, al menos, hasta entonces, se encontraba cómodo en el ámbito del delito doloso de acción. ROXIN demostró que los problemas de delimitación del tipo no tienen que ver directamente con las posibilidades de motivar a los sujetos ni con la finalidad del autor. En los conocidos ejemplos del familiar rico que es convencido por su heredero para que realice abundantes viajes o viaje en tren o en avión con la finalidad de que muera en un accidente⁴²⁹, de la persona que es enviada a otro lugar en medio de una tormenta para que sea fulminada por un rayo⁴³⁰ o el de mantener contactos sexuales con una mujer tuberculosa para que se quede embarazada y fallezca en el

el tema no es baladí y ha conseguido que las viejas discusiones sobre el concepto de acción hayan pasado a ser discusiones sobre el fundamento del tipo (del injusto). La doctrina mayoritaria se ha dejado convencer por ROXIN y no por KAUFMANN, debido a las importantes consecuencias prácticas y las ventajas político criminales de la « teoría de la imputación objetiva » en el dolo: BACIGALUPO, PG, p. 121; GOMEZ BENITEZ, PG, pp. 188 s.; JESCHECK, PG, 28 IV 3; el mismo, LK, antes de 13/61; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/93; MAIWALD, Jescheck-FS, pp. 422 s.; PRITTWITZ, JA 88, p. 436; PUPPE, NK, antes de 13/143, con más referencias; RUDOLPHI, SK, antes de 1/62; WOLTER, GA-FS, p. 306, que considera que en ciertos casos falta el plano objetivo de la acción.

⁴²⁸ Honig-FS, pp. 148 ss.

⁴²⁹ Se trata de un ejemplo clásico: BACIGALUPO, PG, p. 121; BAUMANN/WEBER, PG, pp. 224 s.; CEREZO, PG, pp. 347, 385; CORCOY, El delito imprudente, pp. 302, 443; CURADO, Comportamiento lícito, p. 65; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 24; FREUND, Erfolgsdelikt, p. 174; el mismo, GA 95, p. 6, con más referencias; FRISCH, Vorsatz, p. 141; el mismo, Tipo, p. 37; GIMBERNAT, ADP 62, p. 562; HONIG, Frank-FG, pp. 176 s., 186; JESCHECK, PG, 28 IV 4; el mismo, LK, antes de 13/61; LARRAURI, ADP 88, p. 745; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/93; MAIWALD, Miyazawa-FS, p. 479; MIR PUIG, PG, p. 568; OTTO, NJW 80, p. 419; PREUSS, Untersuchungen, p. 194; PRITTWITZ, Risiko, p. 274; PUPPE, NK, antes de 13/143; REYES, Imputación, pp. 93 ss.; ROEDER, Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, p. 35, nota 22; ROMERO, CPC 83, p. 164; ROXIN, Honig-FS, p. 137; el mismo, Klug-FS, pp. 310 s.; el mismo, CPC 89, p. 750; RUDOLPHI, SK, antes de 1/62; TOEPEL, Kausalität, p. 204; TRIFFTERER, PG, p. 145; WOLTER, GA-FS, p. 306; ZIELINSKI, Handlungsunwert, p. 161. Más referencias bibliográficas en FRISCH, Verhalten, p. 15, nota 31.

⁴³⁰ TRAEGER, Kausalbegriff, p. 172. Se trata también de un ejemplo clásico: BAUMANN/WEBER, PG, pp. 224 s.; CASTALDO, RIDPP 87, p. 894; CURADO, Comportamiento lícito, p. 65; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 24; EBERT, Jura 79, p. 569; ENGISEH, Untersuchungen, p. 150; el mismo, Kausalität, pp. 49 ss.; FRISCH, Verhalten, p. 15, nota 31; el mismo, Tipo, p. 37; GIMBERNAT, ADP 62, pp. 561 s.; el mismo, Causalidad, p. 43; el mismo, Estudios, p. 214; HILGENDORF, Jura 95, p. 521; JESCHECK, PG, 28 IV 3; el mismo, LK, antes de 13/61; MTNEZ, ESCAMILLA, Imputación, p. 109; MÜNZBERG, Verhalten, p. 257; OTTO, Maurach-FS, p. 99; el mismo, NJW 80, p. 419; PUPPE, NK, antes de 13/143; ROEDER, Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, p. 35, nota 22; ROMERO, CPC 83, p. 164; ROXIN, Honig-FS, p. 136; el mismo, Arm. Kaufmann-GS, p. 240; el mismo, CPC 89, p. 750; el mismo, PG, 11/36; TOEPEL, Kausalität, p. 204; TORIO, Estudios X, pp. 387 s., 390; WELZEL, PG, p. 66; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 124, nota 152, 161.

parto⁴³¹, se podría motivar a los autores mediante intimidación para no realizar esas conductas o se podría exigir otra dirección de la finalidad del autor. Si se trata de comportamiento atípicos, como nos indica la intuición, es por razones normativas o valorativas. Por tanto, las posibilidades de motivación o la finalidad no fundamentan la delimitación del ámbito de protección de la norma penal. Por el contrario, el finalismo y algunos defensores de un injusto personal quieren solucionar estos supuestos mediante la argumentación de que el resultado queda fuera del dominio final del hecho⁴³² o que no hay dolo como voluntad de realización porque semejantes sucesos sólo se pueden « desear »⁴³³ y no se puede confundir el dolo con el simple deseo. Pero el dominio sobre un hecho puede consistir no sólo en dominar el curso lesivo natural y conducirlo hacia donde uno quiere, sino también en conducir a una persona hacia ese curso lesivo natural. Piénsese en el siguiente ejemplo: alguien es secuestrado y llevado a la fuerza a un lugar donde es conocido que se va a producir un terremoto o una erupción volcánica. Evidentemente, el autor de ese hecho no puede dominar el terremoto o la erupción volcánica, pero el autor domina el riesgo ya que ha colocado a la víctima en esa situación de peligro. Lo único que diferencia este ejemplo del tradicional ejemplo de la tormenta es

431 ROEDER, *Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, p. 35, nota 22; WELZEL, PG, p. 56.

432 HIRSCH, ZStW 74, pp. 97 s., 101; KÜPPER, *Grenzen*, pp. 92 s.; REHBERG, *Risiko*, pp. 95 s. DONATSCH, *Sorgfaltsbemessung*, p. 108, nota 18, se refiere a una imposibilidad subjetiva. Por el contrario, JESCHECK, PG, 28 IV 1 y OEHLER, *Zweckmoment*, p. 73, como partidarios de la « doctrina social de la acción », lo intentan solucionar con la referencia a una imposibilidad objetiva de dominar el suceso, de acuerdo con el criterio general de la « susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad » donde en cierta manera se encuentra el origen de la « teoría de la imputación objetiva ». De acuerdo, en tiempos recientes, EBERT, *Jura* 79, p. 569. Cfr. GIMBERNAT, ADP 62, p. 562; el mismo, ADP 63, p. 197.

En contra, CURADO, *Comportamiento lícito*, p. 67; ROXIN, *Chengchi Law Review*, p. 237.

433 CEREZO, PG, pp. 347, 385, para el que el simple deseo « no es suficiente para integrar el elemento volitivo del dolo » y, además, para este autor sólo concurre el dolo « cuando el sujeto quiere el resultado delictivo como consecuencia de su propia acción y se atribuye alguna influencia en su producción »; HIRSCH, LK, antes de 32/32, variando su posición de ZStW 74; el mismo, *Univ. Köln-FS*, p. 405; ARM. KAUFMANN, *Jescheck-FS*, pp. 266 s., con más referencias; WELZEL, PG, p. 66. Esta solución no es nueva ni propia de la « doctrina final de la acción ». Vid. la extensa relación bibliográfica que presenta GIMBERNAT, ADP 62, p. 562 y las consideraciones de RGUEZ. DEVESA, PG, p. 463. Tampoco está « pasada de moda »: LUZON, PG, pp. 411 s. Esta solución al problema fue ofertada por WELZEL a partir de la 8ª ed. de su manual (1963). Hasta entonces soluciona este tipo de problemas mediante el criterio normativo de la adecuación social no muy lejano en su finalidad de la solución de ROXIN (vid., por ejemplo, la 2ª ed. del manual de WELZEL, p. 37) como el propio ROXIN reconoce. No se puede olvidar para poder explicar este cambio el dato de que el artículo de HIRSCH en ZStW 74 contra la teoría de la adecuación social se había publicado un año antes.

En contra, en la línea del texto, vid. por todos, CASTALDO, *RIDPP* 87, p. 894; CURADO, *Comportamiento lícito*, p. 66; MIR PUIG, PG, p. 240, nota 17, se muestra de acuerdo con las críticas de ROXIN, señalando que « el dolo no puede, pues, sustituir la necesaria restricción previa del tipo objetivo que postula la moderna teoría de la imputación objetiva »; MTNEZ. ESCAMILLA, *Imputación*, pp. 156 s.; PREUSS, *Untersuchungen*, pp. 207 ss.; ROXIN, *CPC* 89, p. 750: « Ésta es una argumentación problemática, ya que el sujeto quiso, en cuanto puso la causalidad natural a su servicio, alcanzar exactamente aquello que realmente acaeció »; el mismo, *Chengchi Law Review*, pp. 236 s.; ZIELINSKI, *AK*, 15,16/29.

que en uno se utiliza la violencia y en otro el convencimiento para una autopuesta en peligro (que es un contacto socialmente adecuado o atípico). La afirmación de los finalistas de que en estos supuestos no se da un dolo típico, supone más una creencia que una explicación racional. No se trata más que de una fundamentación aparente. No se niega que exista « dolo natural », sino que se afirma que el dolo no va referido a un tipo penal. El autor conoce una relación de causalidad con el resultado y éste se produce como él quiere (no hay desviaciones). La solución se encuentra en otro lugar que no tiene nada que ver ni con la causalidad ni con el dolo: la forma de favorecer esa muerte no se encuentra desvalorada por ningún tipo de homicidio o lesiones. El problema es puramente normativo (alcance del tipo), no de dolo⁴³⁴. Se trata de un problema previo a la teoría del dolo o de la imprudencia⁴³⁵. En realidad, nos encontramos ante una limitación objetiva de la imputación camuflada. Y esta limitación objetiva tiene la misma validez con relación al dolo o a la imprudencia del autor. Cuando en muchas ocasiones se afirma que el autor no infringió su deber de cuidado, en realidad se está afirmando que el riesgo que ha creado es objetivamente permitido. La argumentación de ROXIN no sólo convierte a la « doctrina final de la acción » en una explicación sistemática del Derecho penal que fue útil en el pasado, sino que supera definitivamente a la « teoría de la causación adecuada ». Este autor evidencia con su argumentación que los problemas del tipo no tienen nada que ver con la falta de causalidad o con la « interrupción del nexo causal » ya que en casos como estos la relación causal es evidente⁴³⁶. Tampoco tienen que ver con la insignificancia o inexistencia de un riesgo⁴³⁷, aunque, evidentemente, siempre que el

⁴³⁴ En el mismo sentido del texto, CASTALDO, RIDPP 87, p. 894; FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 174 s.; el mismo, GA 95, p. 6; FRISCH, Vorsatz, pp. 13, 141 s., 211; el mismo, Verhalten, p. 15, nota 31; HERZBERG, JZ 87, pp. 538 s.; LARRAURI, ADP 88, p. 745: « la falta o la presencia de dolo es secundaria », con abundantes referencias de bibliografía española en el mismo sentido; MIR PUIG, PG, p. 240, nota 17, se adhiere expresamente a la posición de ROXIN, mientras que en p. 568 soluciona esta problemática aludiendo a la adecuación social del comportamiento, con lo que se puede apreciar que la solución al problema se encuentra en el tipo objetivo, se denomine como se denomine; PREUSS, Untersuchungen, pp. 207 ss.; REYES, Imputación, pp. 94 s.; ROXIN, Honig-FS, pp. 136 s., 148 ss.; el mismo, Arm. Kaufmann-GS, pp. 240 s.; el mismo, CPC 89, pp. 752 ss., respondiendo a las objeciones de ARM. KAUFMANN en Jescheck-FS, pp. 266 s.; RUDOLPHI, SK, antes de 1/62; TRIFFTERER, Bockelmann-FS, pp. 213 s.; ZIELINSKI, AK, 15,16/29. GIMBERNAT, Estudios, p. 215, nota 17, incluso afirma sin ambages que la posición del finalismo se trata de « una doctrina que hoy debería considerarse superada ».

⁴³⁵ FRISCH, Vorsatz, pp. 141 s., 211; el mismo, Verhalten, pp. 28 s.; GIMBERNAT, ADP 62, pp. 561 ss.; el mismo, Estudios, p. 215; HERZBERG, JZ 87, pp. 538 s.; PAREDES, Riesgo permitido, p. 47; ROMERO, CPC 83, p. 165; ROXIN, Honig-FS, p. 137; el mismo, Arm. Kaufmann-GS, pp. 240 s.

⁴³⁶ FRISCH, Tipo, p. 37.

⁴³⁷ GOMEZ BENITEZ, PG, p. 188: « enviar a alguien al bosque durante una tormenta tampoco crea un riesgo objetivamente mensurable de muerte »; HILGENDORF, Jura 95, pp. 521 s., acudiendo a la « teoría de la adecuación »; LARRAURI, ADP 88, p. 745, considera que « esta ausencia de riesgo jurídicamente relevante se dilucida en base a un juicio de adecuación, esto es, si el resultado era objetivamente previsible »; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/93; ROMERO, CPC 83, pp.

riesgo no es mensurable (facilitarle un cigarrillo a un menor de 16 años), no se puede considerar realizado el tipo correspondiente. El problema del riesgo permitido no tiene nada que ver con la medida ontológica del riesgo, sino con su relevancia para la norma penal. No se trata de que falte una situación de peligro, sino que en los ejemplos citados las creaciones o favorecimientos de riesgos no se ven desaprobados por razones específicamente derivadas del ordenamiento jurídico⁴³⁸. Este aspecto está claro sin pensamos en supuestos donde la persona enviada en mitad de la tormenta es un niño o un inimputable⁴³⁹ o donde la mujer tuberculosa es embarazada de forma violenta al no acceder ésta a tener un contacto sexual debido a los riesgos que conlleva para su vida⁴⁴⁰. Estas dos variantes nos demuestran que la selección de conductas típicas no tiene que ver de forma primaria con lo que el autor quiera o conozca, sino con que ciertas inducciones o favorecimientos de autopuestas en peligro son consideradas por el C. P. como atípicas⁴⁴¹. El legislador ha entendido que en nuestro Estado de Derecho no hay motivos de entidad suficiente en estos supuestos para limitar la libertad general de actuación⁴⁴².

4. La razón por la que en el delito doloso se centró el problema del tipo más en el riesgo permitido que en la imputación de resultados es obvia: en el tipo doloso, aunque no se impute el resultado, se puede punir la conducta como tentativa. Por ello, en el delito doloso se precisaba un desarrollo de los límites normativos de las creaciones de

164 s.; ROXIN, CPC 89, pp. 750 s.; TOEPEL, Kausalität, pp. 204 s.; WOLTER, Zurechnung, p. 79; ZIELINSKI, Handlungsunwert, p. 124, nota 152. Consideran esta línea interesante, BAUMANN/WEBER, PG, p. 226.

⁴³⁸ En el mismo sentido del texto, ERB, JuS 94, p. 453; FRISCH, Verhalten, p. 211; el mismo, Tipo, p. 41; GIMBERNAT, Estudios, pp. 214 s., con nota 13; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/93; MAIWALD, Jescheck-FS, pp. 422 s.; OTTO, NJW 80, p. 422; ROXIN, Honig-FS, pp. 136 s., 148 ss.; el mismo, Arm. Kaufmann-GS, pp. 245 ss.; RUDOLPHI, SK, antes de 1/62.

⁴³⁹ Variante propuesta por OTTO, Maurach-FS, p. 100; el mismo, NJW 80, pp. 419, 422. De esta manera OTTO se cuestionaba el fondo de la cuestión: ¿Porqué la misma probabilidad de lesión tiene unas veces relevancia para el tipo y otras no?

⁴⁴⁰ Este ejemplo nos demuestra que tampoco son asumibles las consideraciones de TORIO, ADP 86, pp. 35 s., que, desde una perspectiva objetiva, considera que estas acciones « no poseen las propiedades precisas para permitir pronosticar un peligro racional, ponderable, calculable por el hombre » y que el autor « no emplea medios que racionalmente pueden conducir al resultado, sino que más bien acude al azar para lograr la causación ». Obviando que la diferencia entre el azar y lo planificable se encuentra en manos del legislador, ¿Se hablaría en este supuesto de embarazo no consentido de un « intento no racional de lograr el resultado típico »?

⁴⁴¹ DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 25, con más referencias de las diversas soluciones que ha ofertado la doctrina; PREUSS, Untersuchungen, pp. 216 s.; ROXIN, Klug-FS, p. 311, nota 44; RUDOLPHI, SK, antes de 1/62, en relación a las tesis de OTTO, Maurach-FS, pp. 99 s. y NJW 80, p. 422; SCHÜNEMANN, Chengchi Law Review, p. 294; WOLTER, GA-FS, p. 306. OTTO había defendido en el ejemplo del rayo que ese resultado no era dominable porque dependía de la libre voluntad de la persona que se colocaba en el lugar donde podía ser alcanzada por el rayo. Por tanto, esa conducta sólo podía ser entendida como inducción o participación en una autopuesta en peligro atípica.

En contra, TOEPEL, Kausalität, pp. 204 s.

⁴⁴² WOLTER, GA-FS, p. 306.

riesgos⁴⁴³. Era preciso solucionar la cuestión en el ámbito del riesgo como objeto de referencia del tipo subjetivo. De esta manera, si alguien sabe que está creando un riesgo que no se encuentra desaprobado no hay ni siquiera tentativa, ya que estará intentando realizar algo que se encuentra fuera del ámbito de protección del tipo penal (delito putativo). Y los destinatarios de las normas no pueden crear e inventarse sus propias normas en su cabeza, sino que éstas emanan de los órganos legitimados para producir tales normas y regulan la vida social antes de que alguien las infrinja. No toda intención de portarse mal es relevante para el tipo. Hasta la punición por tentativa exige en nuestro Derecho (art. 16 C. P.) un tipo objetivo como objeto de referencia del subjetivo (« dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores »). Por tanto, igual que criticaba la « teoría del incremento del riesgo » en el ámbito del delito imprudente como incompatible con nuestro ordenamiento jurídico, considero que hay que asumir la teoría de ROXIN sobre el tipo doloso como absolutamente compatible con nuestro « objetivista » Derecho positivo. Por ello, ciertos correctivos de índole objetiva tienen como consecuencia no sólo entender el tipo como no consumado, sino que ni siquiera se pueda entender que existe tentativa. Esta idea ha tenido como consecuencia que para un importante sector doctrinal el instituto del riesgo permitido, entendido en sentido amplio, aunque fue desarrollado en un principio para el delito imprudente, tiene también una importante función que cumplir en el delito doloso⁴⁴⁴. En el delito imprudente el criterio del « fin de protección de la norma » se ha encargado primordialmente de limitar la responsabilidad por la causalidad. En el delito doloso se ha encargado de limitar los excesos de una responsabilidad por la « mala intención », incluso a título de tentativa. El camino iniciado por ROXIN ha traspasado su punto de retorno con las esenciales contribuciones de FRISCH⁴⁴⁵, que ha desarrollado esta idea central de la aportación de ROXIN al libro-homenaje a HONIG.

5. En el tipo imprudente, el « fin de protección de la norma » juega su papel fundamentalmente con respecto a la imputación de resultados. Bien para extender la responsabilidad por imprudencia mediante la « teoría del incremento del riesgo »⁴⁴⁶ -que se fundamenta, como ya he expuesto, en que el legislador no prohíbe producir resultados

443 -----
FRISCH, Vorsatz, pp. 142, nota 82, 210 s.; HRUSCHKA, Zurechnung, p. 60, nota 52.

444 STRATENWERTH, PG, nº marg. 346.

445 Vorsatz, pp. 138 ss y passim. Estas pp. 138 ss. han sido desarrolladas en la monumental monografía Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, que en 640 páginas logra mostrar lo fructífera que resulta esta idea para la teoría del tipo.

446 Honig-FS, pp. 138 ss. En p. 144, nota 27, ROXIN discrepa de RUDOLPHI y prefiere tratar el « principio del incremento del riesgo » y el « principio del fin de protección de la norma » de forma separada.

sino peligros hasta cierto límite estadístico- como para limitarla⁴⁴⁷. En este trabajo ya está claro cuál es el eje de la « teoría de la imputación objetiva »: averiguar el ámbito de protección de los distintos tipos penales. Lo que sucede es que en el tipo imprudente el criterio del « ámbito de protección de la norma » tiene su eficacia en la imputación del resultado típico a un riesgo creado por el autor. La otra diferencia esencial que ofrece el « fin de protección de la norma » en uno y en otro ámbito, es que en ciertos supuestos la presencia de dolo puede convertir lo generalmente atípico en típico. Es decir, en el delito doloso la norma cubre un ámbito de protección más amplio que en el delito imprudente. Para ROXIN el « ámbito de protección de la norma » puede ser determinado en ciertos supuestos de forma distinta para los hechos dolosos y para los hechos imprudentes⁴⁴⁸. La problemática del « fin de protección de la norma » en los delitos imprudentes fue desarrollada posteriormente por ROXIN en el libro-homenaje a GALLAS. El comienzo de este artículo determina perfectamente el objeto de este trabajo⁴⁴⁹: « Existe acuerdo sobre que es deseable, desde un punto de vista político criminal, una limitación de la responsabilidad en los delitos imprudentes ». Y esa limitación se ha buscado no sólo en la propia imprudencia como elemento subjetivo del delito. En los tipos de resultado imprudentes esta limitación de responsabilidad se ha realizado primordialmente en el momento de la imputación del resultado, dejando inalterado lo que hay que entender por una conducta imprudente, descuidada, falta de diligencia o negligente como dato subjetivo. Junto al criterio del « fin de protección de la norma de cuidado » se tratan como cuestiones relacionada con el fin de protección del tipo una serie de problemas que sólo pueden tener una solución valorativa: a) la provocación imprudente de suicidios, autolesiones o autopuestas en peligro, b) el consentimiento en el riesgo, c) los daños no inmediatos, d) segundos daños que son consecuencia directa del primer daño. Con este artículo se presenta la concepción del tipo imprudente de ROXIN, pulido y matizado posteriormente mediante construcciones y exposiciones sistemáticas de sus discípulos⁴⁵⁰ y condensado en su manual. El « criterio del fin de protección de la norma » ha sido aceptado por la doctrina mayoritaria en el ámbito del delito imprudente.

6. La determinación de la tipicidad en los delitos de resultado, dolosos o imprudentes, se sirve para esta escuela doctrinal de los siguientes criterios objetivos

447 -----
Honig-FS, pp. 140 ss.

448 Honig-FS, p. 144. De acuerdo, LARRAURI, ADP 88, pp. 754 s., con más referencias.

449 Gallas-FS, p. 241.

450 RUDOLPHI, SK, antes de 1/38 ss., con una gran exposición; SCHÜNEMANN, JA 75, compiló los resultados a lo que había llegado el camino iniciado por ROXIN casi 15 años antes, añadiendo algunos matices que mejoraban los planteamientos de su maestro; WOLTER, Zurechnung, supuso la primera monografía sobre el injusto inspirada en las ideas rectoras de ROXIN.

(entendidos como criterios que no tienen que ver con la finalidad del autor)⁴⁵¹:

a) Relación de causalidad entre una persona y el resultado⁴⁵².

451 -----
Doctrina mayoritaria en lengua española, con más o menos matices: ARROYO, Seguridad en el Trabajo, pp. 186 ss.; BACIGALUPO, PG, pp. 115 s., 121 ss.; BOLEA, ADP 94, p. 379 y passim; BUSTOS, Estudios XII, passim, aunque con la posición absolutamente peculiar de entender que la imputación de resultados no es un problema del tipo sino de la antijuridicidad (críticas en CEREZO, PG, p. 345; ROXIN, PG, 11/42); el mismo, PG, pp. 370 s., en el mismo sentido; CORCOY, El delito imprudente, pp. 291 ss.; la misma, Imputación, passim; de la GANDARA, Consentimiento, p. 172 y passim; GIMBERNAT, Estudios, pp. 209 ss., en consonancia con su antigua teoría de la « reprochabilidad objetiva » (Causalidad, pp. 75 ss., 115 ss.); el mismo, ADP 94, p. 9; GOMEZ BENITEZ, PG, pp. 186 ss.; GRACIA, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, pp. 43 ss., 59, aunque considera que los criterios de creación de un peligro jurídicamente desaprobado y realización del peligro en el resultado son « rechazables en el ámbito del tipo de los delitos de acción dolosos, pues suponen un traslado a estos de los criterios determinantes del tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos » y sólo admite « el criterio del fin de protección de la norma, con arreglo al cual el resultado sólo podrá ser imputado si aparece como realización de la acción prohibida por la norma »; HUERTA, La Ley 83, p. 277 y passim; JORGE BARREIRO, Imprudencia, pp. 63 ss.; el mismo, Omisión, p. 228; LARRAURI, ADP 88, p. 742 y passim; LUZON PEÑA, Derecho Penal de la Circulación, pp. 35 ss., con más referencias; el mismo, EJB, pp. 3465 ss.; el mismo, PG, Capítulo 15; MAQUEDA, CPC 87, p. 216; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, passim, que comienza así su trabajo (p. XXIII): « La configuración del nexo objetivo que ha de existir entre acción y resultado para que pueda afirmarse la responsabilidad del autor por la lesión del bien jurídico, constituye el objeto de la moderna doctrina de la imputación objetiva », a lo que añade (p. XXIV): « Un resultado sólo es objetivamente imputable cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo típicamente relevante que se ha realizado en el resultado típico, perteneciendo este resultado a aquellos que la norma infringida tenía por finalidad impedir »; la misma, Aproximación, passim; MIR PUIG, PG, pp. 245 ss., con respecto a los delitos dolosos, 303 ss., con respecto a los delitos imprudentes, considerando que « también en los delitos de mera actividad la realización del tipo debe suponer la imputación objetiva »; MUÑOZ CONDE, PG, pp. 215 ss.; el mismo, PE, pp. 31 s.; MUÑOZ CONDE/HASSEMER, Responsabilidad por el producto, p. 98; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 89 ss., considerando que « la imputación objetiva -como elemento del tipo- es necesaria asimismo en los delitos de mera actividad y de simple inactividad, en los que no se requiere resultado naturalístico alguno pero es inexcusable, como en las demás modalidades delictivas, el resultado como afección al bien jurídico », 610 ss. con respecto al delito imprudente; PEÑARANDA, Participación, p. 292, nota 158, englobando dentro de la imputación del resultado la problemática de la autoría mediata; REYES, ADP 92, pp. 959 ss., con más referencias, que defiende la aplicación de esta estructura a toda forma de delito (de peligro abstracto, de tentativa, etc.), aunque todavía no ha presentado un desarrollo de esta idea más allá de los delitos de resultado; el mismo, Imputación, passim; RGUEZ. MOURULLO, Caso fortuito, pp. 107 s.; ROMERO, CPC 83, pp. 162 ss.; SILVA, ADP 84, pp. 368 s.; el mismo, La Ley 84, passim; TORIO, ADP 86, p. 33 y passim, con más referencias; el mismo, Estudios X, p. 385 y passim. CEREZO, PG, pp. 342 ss., sólo reconoce ciertas aportaciones de esta teoría exclusivamente en el ámbito del delito imprudente.

En contra de esta doctrina mayoritaria, COBO/VIVES, PG, pp. 319 s., desde una posición causalista; CARBONELL/GLEZ. CUSSAC, PE, p. 504, que consideran que la « teoría de la imputación objetiva » no es más que una versión moderna de la « teoría de la relevancia », objetándole que « con la única excepción de los delitos de peligro, la desaprobación jurídica de éste tan sólo se produce en función del resultado: sin resultado material, lo que tan sólo podrá comprobarse ex-post, no hay riesgo jurídicamente desaprobado, esto es, desaprobación ex-ante; y si hay resultado material, la conducta forzosamente, fue peligrosa ».

Sobre la posición de la Jurisprudencia, infra X.

Esta es también la posición mayoritaria en la doctrina alemana: vid. por todos, JESCHECK, PG, 28 IV; OTTO, Jura 92, p. 97; RUDOLPHI, SK, antes de 1/57.

452 En profundidad, FRISCH, Tipo, pp. 29 ss., demostrando como el método de la subsunción en leyes empíricas o científicas desarrollado por ENGISCH en Kausalität, pp. 21 ss. ha superado al método más simple, pero distorsionante, de la *conditio sine qua non*; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 166 ss.

b) Creación de un riesgo o peligro no permitido⁴⁵³. En realidad aquí se reúnen dos requisitos: uno ontológico (creación del riesgo) y otro axiológico (que sea no permitido). Esta primera parte del tipo o este primer momento de la tipicidad tiene mucha mayor relevancia en el tipo doloso que en el tipo imprudente. En el tipo imprudente, toda infracción de una norma extrapenal o de la *lex artis* correspondiente que genere un riesgo se entiende ya por parte de un sector mayoritario de la doctrina como un riesgo no permitido. En el tipo doloso, las valoraciones son más sutiles para evitar un exceso de responsabilidad en la tentativa por la « mala intención ». En el delito imprudente no existe un deber objetivo de cuidado si no existe un peligro no permitido, por lo que se ha entremezclado la cuestión del riesgo no permitido con la de la determinación de la infracción del deber de cuidado. Es decir, en este punto se fusionan la teoría tradicional de la imprudencia con la « teoría de la imputación objetiva ». Por ello en este punto la « teoría de la imputación objetiva » sólo supone una novedad frente a la doctrina anterior en lo que respeta a los tipos dolosos.

c) Realización del riesgo no permitido⁴⁵⁴. Este momento carece de la misma relevancia para el delito doloso y para el delito imprudente. En éste cobra una importancia especial mediante el « criterio del fin de protección de la norma de cuidado »⁴⁵⁵ y la « teoría del incremento del riesgo » (no aceptada ésta ni por la doctrina mayoritaria alemana ni por la española, aunque se encuentra bastante extendida en la doctrina alemana). En el delito doloso la constatación de la realización del riesgo creado dolosamente es suficiente.

d) « Alcance del tipo o fin de protección del tipo »⁴⁵⁶. Se trata fundamentalmente de supuestos que cobran cada vez más relevancia en una teoría moderna del tipo, en los que la doctrina se plantea si el ámbito de protección del tipo se extiende hasta autopuestas en peligro, consentimientos en el riesgo de la víctima o conductas antijurídicas de terceros. Se trata de « casos límite » que se han desgajado del « fin de protección de la norma de cuidado » como un criterio que se preocupa sólo de la realización del riesgo no permitido en el delito imprudente⁴⁵⁷. No se sabe muy bien si excluye la desaprobación del riesgo o

⁴⁵³ FRISCH, Tipo, pp. 34 ss.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 61 ss.; ROXIN, PG, 11/43 ss.; WOLTER, Imputación, p. 68.

⁴⁵⁴ FRISCH, Vorsatz, pp. 68, 119 s., con más referencias; el mismo, Tipo, pp. 50 ss.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 165 ss.; ROXIN, PG, 11/59 ss.; WOLTER, Imputación, p. 68.

⁴⁵⁵ MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 268.

⁴⁵⁶ MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 341 ss.; ROXIN, CPC 89, pp. 761 ss.; el mismo, PG, 11/85 ss., 24/39 ss.; WOLTER, Imputación, p. 69.

⁴⁵⁷ ROXIN, Gallas-FS, pp. 242 ss.; el mismo, PG, 11/nota 103; WOLTER, Zurechnung, pp. 341

la imputación del resultado *strictu sensu*. Algún autor como FRISCH, trata los problemas mencionados como problemas de desaprobación de la creación del riesgo y no como problema aparte. Sin embargo, las peculiaridades de la aportación de FRISCH serán desarrolladas más abajo (infra XI).

7. Esta estructura de los tipos de resultado, reconocida de forma más o menos pacífica en el ámbito del delito imprudente, donde la « teoría tradicional de la imputación objetiva » ha triunfado, ha recibido algunas críticas. Éstas han provenido fundamentalmente del sector doctrinal que se ha visto superado con esta teoría del tipo teleológico-funcional: el finalismo. Toda construcción teleológico-funcional del tipo, sea cual sea su fundamento (desde los planteamientos iniciales de ROXIN y su escuela hasta los de JAKOBS, pasando por las construcciones de FRISCH) tienen un oponente doctrinal común: el finalismo y las concepciones más subjetivistas o psicologicistas de la « teoría personal del injusto »⁴⁵⁸. El criterio del « fin de protección de la norma » no plantea excesivos problemas en el tipo imprudente, pero la « teoría de la imputación objetiva » transferida al dolo supone un ataque contra la concepción del delito doloso propio del finalismo⁴⁵⁹. Recordemos como ARMIN KAUFMANN decía que se trataba

ss.

⁴⁵⁸ Cfr. FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 93 ss.; FRISCH, Tipo, pp. 61 ss., en el estudio más profundo sobre esta discusión; REYES, ADP 92, p. 958; TORIO, Estudios X, p. 386: « El dolo, definido antes como la espina dorsal del injusto, retrocederá dentro del tipo, ocupando un puesto ulterior a la acción peligrosa jurídicamente prohibida. Es lógico que la teoría de la imputación objetiva encuentre entre los escritores alineados en el finalismo una decidida oposición »; WOLTER, GA-FS, pp. 269 ss.

⁴⁵⁹ CEREZO, ADP 94, pp. 13 ss.; el mismo, PG, pp. 345 ss., acepta el criterio del « fin de protección de la norma » en el tipo imprudente, pero no considera correcto que desempeñe una labor de restricción del tipo en el ámbito del delito doloso; GRACIA, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 44, en el sentido de su maestro CEREZO; HIRSCH, Univ. Köln-FS, pp. 403 ss.; el mismo, 25 Jahre Rechtsentwicklung, pp. 48 s.; ARM. KAUFMANN, Jescheck-FS, passim, se opuso a las teorías de ROXIN en el ámbito del dolo y consideró el « fin de protección de la norma » como un problema de parte especial o de interpretación de cada tipo particular, pero que no afectaba a la teoría jurídica del delito en sentido amplio; KÜPPER, Grenzen, pp. 83 ss., en su monografía contra todo sistema funcional o teleológico no aporta nada a la discusión y se limita a repetir los argumentos de otros finalistas; SCHÖNE, Hilde Kaufmann-FS, pp. 655 s., de forma breve; SERRANO, Teoría del delito imprudente, pp. 87 ss., que reitera en español los argumentos de STRUENSEE; STRUENSEE, JZ 87, pp. 62 s. y passim; el mismo, GA 87, pp. 98 ss. que ataca a la construcción teleológica del tipo imprudente, entendiendo que todos los problemas que se tratan como referidos al tipo objetivo son, en realidad, problemas relacionados con el tipo subjetivo (dolo) del autor y critica a la aplicación de la « teoría de la imputación objetiva » en el dolo que no es tan objetiva porque tiene que tener en consideración los conocimientos especiales del autor y parte de una perspectiva *ex ante*. De acuerdo en muchas de estas críticas, BUSTOS, Estudios XII, pp. 111 ss.: a) vaguedad y falta de claridad, b) se trata todo el tipo objetivo como un problema de imputación del resultado cuando hay problemas previos que también tienen que ver con el tipo objetivo y c) muchos criterios objetivos no son tales, sino que dependen del tipo subjetivo. CEREZO, HIRSCH y KÜPER con una posición muy cercana a la de WELZEL cuyo sistema pretenden conservar quieren mantener el tipo doloso como un problema de dolo más causalidad. ARM. KAUFMANN y sus discípulos (SCHÖNE, SERRANO, STRUENSEE, SANCINETTI, ZIELINSKI) quieren mantener el tipo como un problema de congruencia entre mente del autor (dolo) y tipo objetivo. En el delito doloso, entre dolo y causación del resultado y en el delito imprudente entre dolo y riesgo no

de una teoría que llevaba escrito en la frente que tenía su origen en el ámbito del delito imprudente. Al determinarse lo típico de acuerdo con la finalidad de cada precepto penal, la tipicidad ya no depende de la finalidad o dolo del autor. Los finalistas se oponen a que se pueda negar la realización del tipo por « razones objetivas » antes de pasar a examinar el tipo subjetivo. La oposición se ha centrado en el delito doloso, aunque posteriormente STRUENSEE la ha trasladado al delito imprudente. FRISCH⁴⁶⁰ y ROXIN⁴⁶¹ han podido responder convincentemente a las principales críticas del finalismo. Estas críticas se centran en los siguientes puntos:

a) Las teorías objetivas del tipo no plantean mediante la problemática del riesgo permitido una teoría general del tipo, sino que pregonan una interpretación restrictiva de los tipos o una « corrección de los tipos » en la parte especial⁴⁶². En realidad, no se trata de una crítica, sino de la demostración del cambio metodológico de la « teoría de la

permitido (= regla general de cuidado), entendiendo la causación del resultado como una condición objetiva de punibilidad.

⁴⁶⁰ Tipo, pp. 68 ss., 100 ss.

⁴⁶¹ CPC 89, Arm. Kaufmann-GS (En castellano, Finalidad e imputación objetiva, CPC 90, pp. 131 ss.) y Chengchi Law Review, pp. 231 ss.

⁴⁶² ARM. KAUFMANN, Jescheck-FS, p. 269: « En realidad, a la parte general pertenecen sólo dos de los problemas que han sido abarcados por el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva: la causalidad y el desvío irrelevante del proceso causal representado ».

Los finalistas entienden incluso como un problema de interpretación de cada tipo de la parte especial no sólo la problemática del riesgo permitido, sino también la de la disminución del riesgo. El criterio de la disminución del riesgo excluye siempre una imputación al tipo cuando el autor no ha creado o aumentado el peligro de un resultado típico, sino que lo ha aminorado o demorado (FRISCH, Tipo, pp. 35 ss.; ROXIN, Honig-FS, p. 136; el mismo, Arm. Kaufmann-GS, pp. 242 ss.; el mismo, CPC 89, pp. 755 ss.; el mismo, PG, 11/43 s.; el mismo, Chengchi Law Review, pp. 225, 248 s.; TRIFFTERER, PG, p. 155). Relación de autores que se suman a la posición de ROXIN en DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, p. 265 y KÜPPER, Grenzen, p. 93, nota 75. A esta objeción ha respondido ROXIN, argumentando que la determinación de lo que no se puede entender como creación de un riesgo es una problemática general de todos los tipos (estafa, coacciones, lesiones, etc.). Este criterio no es válido cuando existe un deber de garante (MIR PUIG, PG, p. 245). El otro recurso de los finalistas, que es entender esta problemática como una cuestión de las causas de justificación (estado de necesidad - CEREZO, ADP 94, p. 15 y PG, pp. 349 s.; ARM. KAUFMANN, Jescheck-FS, p. 255; KÜPPER, Grenzen, p. 94 -) no profundiza en los problemas materiales, dejando el tipo objetivo como mera causación de un resultado. Sólo existe un estado de necesidad cuando se crea otro riesgo distinto, pero no cuando se aminorar uno ya existente (FRISCH, Verhalten, p. 60, nota 241; JAKOBS, PG, 7/16; JESCHECK, LK, antes de 13/65; OTTO, NJW 80, p. 422; SPENDEL, JuS 73, p. 141; WELZEL, PG, pp. 91 s.).

En la literatura en lengua española el tema ha sido ampliamente tratado: BACIGALUPO, PG, p. 121, de acuerdo con ROXIN; BUSTOS, PG, p. 297; el mismo, Estudios XII, p. 124; CORCOY, El delito imprudente, pp. 426 s., entiende la cuestión, equivocadamente, como un problema de justificación; LARRAURI, ADP 88, p. 771; LUZON PEÑA, PG, p. 386; MIR PUIG, PG, p. 245, planteando ciertas pautas para la distinción entre este criterio de disminución del riesgo y el estado de necesidad; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 98 s., sumándose a la posición de MIR y señalando que « se negará la imputación objetiva del resultado expresivo de la afección de un cierto bien jurídico, cuando la conducta que lo causa evita el peligro de que se produzca otro resultado significativo de una mayor afección del mismo bien jurídico, siempre y cuando esta identidad de objeto de protección lo sea también de su titular (que se trate del mismo sujeto pasivo) »; REYES, Imputación, p. 161, con más referencias. En Italia: CASTALDO, RIDPP 87, pp. 97 ss.

imputación objetiva » frente al finalismo. Los tipos de la parte especial no son medios para descubrir la « mala intención », sino que la « mala intención » no es relevante mientras no suponga realización de un tipo penal. No se busca interpretar el dolo del autor, sino desvalorar realizaciones dolosas o imprudentes de tipos penales. Una teoría del tipo no se deduce de verdades inmutables o estructuras lógico-objetivas, sino de la correspondiente abstracción de todos los tipos de la parte especial. Ello no significa que no haya un criterio metodológico general que trascienda al Derecho nacional. Sin embargo, la contestación de ROXIN⁴⁶³ de que el dolo, la tentativa o la coautoría pueden verse diferentemente de tipo en tipo y, sin embargo, nadie duda de que se traten de materias de la parte general tampoco convence. Estas tres materias están reguladas en la parte general, mientras que la « imputación objetiva » no, al igual que no hay ninguna referencia en la parte general a la finalidad del autor. Se trata de una perspectiva metodológica distinta a la del finalismo que conlleva una visión de las normas penales opuesta a la de ARMIN KAUFMANN y sus discípulos.

b) Los problemas de « desviaciones » del curso causal (A dispara a B con ánimo de matarle pero sólo le hiere y éste fallece en un accidente automovilístico al ser transportado al hospital en ambulancia) ya estaban suficientemente resueltos mediante la idea de la adecuación de la causalidad. Si el resultado se produce más allá de lo adecuado o como consecuencia de un riesgo general de la vida, el suceso no ha sido dirigido de forma final, no se encuentra abarcado por el dolo y se trata de una desviación esencial del dolo. El poder de actuación final encuentra su límite en principios generales de la experiencia⁴⁶⁴. Sólo la causalidad y la idea de la causación adecuada son elementos del tipo que ocupan un lugar dentro de la teoría general del tipo (del delito). La acción es siempre dominio final de un proceso causal adecuado para producir el resultado. A esta colocación de la idea de la adecuación detrás del dolo, como un problema de desviación del dolo, ROXIN le reprocha que no analiza correctamente el problema, ya que si ni siquiera existe un riesgo jurídicamente relevante no surge en absoluto el problema del dolo⁴⁶⁵. ROXIN afirma que « si sólo los desvíos causales « esenciales », pero no los « no esenciales », hacen excluir al dolo, entonces es visible que la decisión sobre la « esencialidad » es un juicio de valor objetivo y no la verificación de una estructura final ontológica dada »⁴⁶⁶. Es decir, la falta de conducción final es sólo una argumentación aparente, como ya señalé

⁴⁶³ Arm. Kaufmann-GS, pp. 246 s.

⁴⁶⁴ Así resuelve WELZEL, PG, p. 73, estos supuestos.

⁴⁶⁵ CPC 89, pp. 753 s. y Arm. Kaufmann-GS, pp. 240 ss.

⁴⁶⁶ ROXIN, Chengchi Law Review, p. 237. De acuerdo, MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 315 ss.

más arriba, que utiliza criterios objetivo-normativos de forma camuflada. En cuanto se profundiza un poco en las argumentaciones de los finalistas no encontramos más que profesiones de fe y un déficit absoluto de fundamentación. Criterios como las reglas generales u ordinarias de experiencia o el riesgo general de la vida que no se puede dominar finalmente son criterios objetivos independientes de la finalidad del autor. La solución al problema es sencillo por mucho que los finalistas lo quieran complicar: hay objetos de conocimiento (hecho objetivo) relevantes para el tipo y otros que no lo son. « También el delito doloso tiene como presupuesto material, por consiguiente, una creación de peligro desaprobada; ésta constituye - incluso, bien mirado, en las formulaciones de los críticos de este requisito- el objeto de la representación, el objeto del dolo »⁴⁶⁷.

c) En muchos casos es preciso acudir al conocimiento concreto del autor para determinar la tipicidad de la conducta⁴⁶⁸. STRUENSEE extiende esta crítica al ámbito del delito imprudente⁴⁶⁹. Para poder defender su posición argumenta que el deber objetivo de cuidado no es tan objetivo cuando, de acuerdo con la idea de la adecuación, se utiliza una perspectiva *ex ante* (mente del autor) y se tiene en cuenta para determinar la infracción del tal deber de cuidado los « conocimientos especiales » del autor⁴⁷⁰. La tesis de

467 FRISCH, Tipo, p. 74.

468 GOMEZ BENITEZ, PG, pp. 94 s.; MIR PUIG, ADP 88, p. 661: « la teoría de la adecuación primero, y la moderna teoría de la imputación objetiva, después, han puesto de manifiesto la necesidad de contemplar los conocimientos especiales del sujeto para decidir si concurre el propio tipo objetivo »; LAMPE, Arm. Kaufmann-GS, p. 197. TORIO, Estudios X, pp. 388 s., señala las dificultades que conlleva este tema para la « teoría de la imputación objetiva » y como este problema ha comprometido su destino como teoría de validez general.

469 STRUENSEE recoge el testigo y continua la carrera que comenzó KAUFMANN 25 años antes en ZfRV 64, p. 50.

Sobre la construcción del delito imprudente por parte de la escuela finalista de ARM. KAUFMANN: el mismo, Strafrechtsdogmatik, pp. 133 s.; CUELLO CONTRERAS, Prólogo al libro de SERRANO; SANCINETTI, Teoría, pp. 211 ss., 257 ss.; SERRANO, Teoría del delito imprudente, *passim*; SCHÖNE, JZ 77, pp. 150 ss.; el mismo, Hilde Kaufmann-FS, *passim*; STRUENSEE, JZ 87, *passim*; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 152 ss.; el mismo, AK, 15,16/82 ss.

Muestra su acuerdo con la posición de STRUENSEE, NIESSEN, Berücksichtigung, p. 96.

470 El problema, pues, es viejo en el ámbito de la imprudencia. STRUENSEE, JZ 87, pp. 53 s., 58 ss., 62, 541 y GA 87, pp. 99 s., lo ha utilizado en tiempos recientes como medio de crítica contra las teorías objetivadoras del tipo. Le han respondido de forma expresa: FRISCH, Verhalten, pp. 41 s., nota 158; el mismo, Tipo, pp. 78 ss.; HERZBERG, JZ 87, pp. 536 ss., que recibió a su vez una réplica de STRUENSEE en pp. 541 ss., y que convincentemente señaló que muchos problemas que STRUENSEE propuso proporcionar mediante la alusión al conocimiento o desconocimiento del sujeto no tienen nada que ver con tales aspectos subjetivos; JAKOBS, Arm. Kaufmann-GS, pp. 271 ss.; KAMINSKI, Der objektive Maßstab, pp. 90 ss., de forma absolutamente insatisfactoria; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/93, ha asumido la posición de JAKOBS de que los conocimientos especiales no siempre son relevantes para el tipo, sino que existen límites normativos a la responsabilidad como la delimitación de ámbitos de responsabilidad; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 81 ss., con un análisis histórico del problema desde la formulación del juicio de adecuación por parte de TRAEGER: « Que es innegable la incorporación al tipo objetivo, mediante el pensamiento de la adecuación, de un elemento de naturaleza subjetiva: los conocimientos especiales del autor. Ahora bien, ¿ constituye esto una « tensión intrasistémica » insoportable ? Pensamos que no »; REYES, Imputación, pp. 137 s.; ROXIN, Arm.

STRUENSEE ha sido rápidamente rebatida, careciendo de toda aceptación, si exceptuamos el apoyo de otros discípulos de KAUFMANN como CUELLO⁴⁷¹ y SERRANO⁴⁷² en España, SANCINETTI en Argentina⁴⁷³ o ZIELINSKI⁴⁷⁴ en Alemania. Aunque sus críticas a la doctrina mayoritaria no han podido ser rebatidas de forma tan sencilla y han generado verdaderos problemas.

La contestación de FRISCH es la siguiente⁴⁷⁵: no se puede poner en duda la parte objetiva del tipo o determinados elementos objetivos del tipo expresos (cosa mueble ajena en el hurto) o implícitos (riesgo no permitido) porque solamente existe una realización del tipo o un delito cuando concurre también la parte subjetiva. La desaprobación de un riesgo no tiene nada que ver con que el sujeto lo conozca o no lo conozca. En cambio, en este punto, ROXIN ha claudicado, reconociendo que, a veces, hay que acudir a los « conocimientos especiales » del autor ; para determinar el tipo objetivo⁴⁷⁶ ! Para este autor es legítimo que incluso determinados factores subjetivos puedan tener trascendencia en el tipo objetivo⁴⁷⁷. Por esta vía abierta se pueden fugar los avances de la posición de ROXIN. Por mucho que ROXIN lo quiera solucionar, el reconocimiento parcial de las críticas de STRUENSEE supone una mezcla de categorías, y volver a caer en los inconvenientes de la « teoría de la adecuación »: no poder delimitar las cuestiones relacionadas con el tipo objetivo de las cuestiones puramente subjetivas (realización dolosa o imprudente del tipo objetivo). No es de extrañar que, desde las formulaciones críticas de STRUENSEE, haya alcanzado cierta celebridad la pregunta de ¿ Qué es lo objetivo en la « imputación objetiva » ?⁴⁷⁸ La cuestión de los « conocimientos especiales » es la única crítica metodológica proveniente del finalismo que debe ser tomada en cuenta. Si no se puede resolver de forma satisfactoria esta cuestión en el sentido iniciado por

Kaufmann-GS, pp. 250 s., de forma insatisfactoria.

En España se han ocupado también de este tema, en una línea que aquí no se comparte, como se verá en el texto: LARRAURI, ADP 88, pp. 746 s., 772; MIR PUIG, ADP 88, pp. 673 ss.

⁴⁷¹ Culpabilidad, pp. 180 ss. y ADP 91, pp. 806 s.

⁴⁷² Teoría del delito imprudente, *passim* (en especial, pp. 118 ss.).

⁴⁷³ Teoría, pp. 257 ss.

⁴⁷⁴ AK, 15,16/90, 92, 95.

⁴⁷⁵ Tipo, p. 82.

⁴⁷⁶ En el mismo sentido, MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 81 ss.; WOLTER, Imputación, pp. 65, 87.

⁴⁷⁷ Arm. Kaufmann-GS, p. 251 y *Chengchi Law Review*, pp. 232 ss.

⁴⁷⁸ STRUENSEE, GA 87, p. 98. No es casualidad que autores que defienden la « teoría de la imputación objetiva » como HERZBERG, JZ 87, *passim* y ROXIN, Arm. Kaufmann-GS, pp. 247 ss. se apresuraran a intentar responder dicho interrogante y que todo autor que, desde entonces, ha profundizado en los fundamentos de la imputación objetiva en un sentido u otro no pueda obviarlo (PUPPE, NK, antes de 13/145; REYES, ADP 92, p. 962).

FRISCH⁴⁷⁹, la « teoría de la imputación objetiva » como teoría que parte de una perspectiva *ex post* (aunque respete una posterior perspectiva *ex ante* al tener en cuenta el dolo o la imprudencia del autor) adolecerá de un grave defecto, que, por ejemplo, no ha podido ser superado por ROXIN. Es preciso ver primero cuál es el planteamiento de STRUENSEE para comprender el porqué de sus críticas y hacia dónde puede conducir una concesión en este terreno, para pasar después a analizar como el camino iniciado por FRISCH no deja lugar a dudas sobre qué es lo objetivo en el tipo (ámbito de protección de la norma penal) y qué es lo subjetivo (infracción dolosa o imprudente de la norma).

STRUENSEE ha pretendido demostrar en el ámbito del delito imprudente un dogma que hace tiempo que se encuentra superado: el desvalor de la acción dirigida finalmente como desvalor de la intención del autor, entendida como proceso interno que se desarrolla dentro de la mente de dicho autor. STRUENSEE pretende llegar a una interpretación subjetivo-monista del tipo a partir de la validez del dogma de la acción final como estructura lógico-objetiva. Y lo intenta desde el flanco más débil del finalismo: el delito imprudente. STRUENSEE se opone a las teorías objetivizadoras modernas porque entiende que la problemática que se intenta solucionar de una forma objetiva en el tipo (« imputación objetiva ») no es más que una cuestión del tipo subjetivo del delito imprudente⁴⁸⁰ y de la congruencia entre tipo subjetivo y tipo objetivo. Este autor busca la construcción de estructuras del injusto doloso e imprudente homogéneas⁴⁸¹. Si en el delito doloso la finalidad se dirige al resultado típico, en el delito imprudente hay que encontrar otro elemento del tipo previo no recogido expresamente⁴⁸², otro hecho desvalorado que pueda ser objeto de referencia del dolo. STRUENSEE deja en entredicho el Derecho positivo alemán, afirmando que el legislador penal no aporta mucho a la cuestión de qué acciones resultan prohibidas. Este autor afirma que el tipo objetivo de los delitos imprudentes de resultado recogen un resultado típico y la exigencia de causación « por imprudencia ». Pero como con esos requisitos objetivos no puede desarrollar su teoría, los denomina condición objetiva de punibilidad, porque no se encuentran abarcados por la intención del autor. Para construir este nuevo tipo objetivo no contemplado por el legislador, acude parcialmente a la « teoría de la imputación objetiva ». Si el tipo objetivo en el delito doloso es la relación de causalidad, en el delito imprudente es el « síndrome de riesgo » previo a ese resultado. De esta manera, el riesgo permitido o el principio de confianza son tenidos en cuenta en la nueva teoría de la imprudencia surgida del finalismo. STRUENSEE define este « síndrome de riesgo » como una determinada constelación de circunstancias objetivas que resultan negativamente valoradas porque el ordenamiento jurídico conecta a ellas la prognosis de una posible lesión del bien jurídico y por

⁴⁷⁹ En profundidad, Vorsatz, pp. 128 ss.

⁴⁸⁰ JZ 87, p. 53.

⁴⁸¹ JZ 87, p. 62.

⁴⁸² JZ 87, p. 57.

ello la producción final de tal constelación está prohibida para el sujeto⁴⁸³. Mediante esta distinción entre tipo objetivo en el delito doloso y en el delito imprudente, se consigue mantener un desvalor de la acción (intención) unitariamente estructurado⁴⁸⁴. El fundamento del tipo imprudente residiría en un cuasi-dolo (desvalor de la acción) en el que el objeto de la finalidad (desvalor del hecho) ya no es el resultado, sino ese « síndrome de riesgo ». El tipo se sigue entendiendo desde una perspectiva subjetivo-monista: desvalor de la « mala intención ». El tipo de injusto imprudente queda construido de la siguiente manera: « El injusto imprudente presupone una actuación con conocimiento de determinadas circunstancias típicas (factores de riesgo) »⁴⁸⁵. STRUENSEE considera que el juicio sobre la infracción del deber de cuidado sólo puede construirse sobre las circunstancias fundadamente peligrosas que el autor ha abarcado dolosamente. Al juzgador sólo le es disponible el proyecto que tenía el sujeto actuante antes de su actuación, por lo que la determinación de lo típico sólo se podría hacer dentro de los límites del conocimiento actual del autor⁴⁸⁶. Sólo es relevante lo que el sujeto efectivamente conoce. La infracción de cuidado « consiste en la intención relacionada con un ámbito mínimo de condiciones de resultado determinado normativamente »⁴⁸⁷. Es decir, si el sujeto conociendo esas circunstancias típicas intenta evitarlas se habrá comportado cuidadosamente, si no intenta evitarlas se habrá comportado de forma descuidada. La buena o mala intención del autor es la que determina la infracción del deber de cuidado. A esta construcción de STRUENSEE, seguida en España por CUELLO y SERRANO, es preciso hacerle las siguientes objeciones relacionadas con su construcción del tipo objetivo y del tipo subjetivo en el delito imprudente:

a) Con respecto al tipo objetivo, no se llega a explicar cómo se determina ese « síndrome de riesgo » no permitido sin tener en cuenta el resultado⁴⁸⁸. El tipo objetivo en el delito imprudente tiene así una base defectuosa. Sólo sería fácil de determinar el tipo objetivo cuando existen normas extrapenales de peligro abstracto como las normas de circulación, pero en ese caso no es posible distinguir entre injusto penal e injusto administrativo. Además, el tipo imprudente se ve conducido a un versarismo del que la doctrina intenta huir desde hace muchos años: toda infracción consciente de una regla general de peligro

483 JZ 87, p. 58.

484 JZ 87, pp. 57 ss.

485 JZ 87, p. 541.

486 JZ 87, p. 62.

487 GA 87, p. 102.

488 En JZ 87, p. 58, reconoce esta imposibilidad o dificultad. SANCINETTI, Teoría, p. 259, reconoce que « el determinar cuál es la norma específica que rige en cada caso concreto, es el principal problema del ilícito del delito imprudente: el hallar en qué consiste aquello que está prohibido ». Se trata de un problema tradicional del finalismo con el injusto imprudente: ZIELINSKI, Handlungsunwert, p. 155.

En sentido crítico sobre el « síndrome de riesgo »: CURADO, Comportamiento lícito, pp. 68 ss.; KAMINSKI, Der objektive Maßstab, p. 101, nota 189; LAMPE, Arm. Kaufmann-GS, pp. 200 s.; ROXIN, Arm. Kaufmann-GS, pp. 250 s. Casi diez años después seguimos esperando una solución a este problema. La afirmación genérica de ZIELINSKI, AK, 15,16/95, de que la determinación del riesgo permitido es un problema normativo u objetivo no es suficiente y supone una renuncia frente a las teorías objetivas mayoritarias del tipo imprudente.

(exceso de velocidad) es un delito de resultado si, *de cualquier modo*, causa un resultado. En el delito imprudente no cabe ni siquiera el correctivo de la « desviación esencial » del curso causal, como en el delito doloso, porque el dolo no tiene nada que ver con el resultado⁴⁸⁹.

b) Con respecto al tipo subjetivo hay que objetar que la norma como medio de protección pierde su sentido si sólo puede desvalorar conductas cuando el autor esté dispuesto a tener un cierto cuidado para conocer riesgos. En la vida social no se puede aceptar, sin más, como exculpante, todo error por descuido o desinterés. De lo contrario, en prisión acabarían sólo los más escrupulosos, los mejores ciudadanos. En muchos casos el deber de cuidado exige conocer lo que STRUENSEE denomina « síndrome de riesgo » y si una persona no lo conoce, ahí reside su infracción del deber de cuidado. La doctrina ha señalado repetidamente como muchas veces una imprudencia inconsciente puede implicar una gran gravedad e, incluso, manifestar una mayor falta de diligencia o cuidado que un supuesto de imprudencia consciente. Por esta razón la posición de STRUENSEE ha sido rechazada no sólo por los defensores de una « imputación objetiva » en el ámbito de la tipicidad (CORCOY⁴⁹⁰, CURADO⁴⁹¹, FRISCH⁴⁹², HERZBERG⁴⁹³, LENCKNER⁴⁹⁴, LUZON PEÑA⁴⁹⁵, MTNEZ. ESCAMILLA⁴⁹⁶, PAREDES⁴⁹⁷, REYES⁴⁹⁸, RGUEZ. MONTAÑES⁴⁹⁹, ROXIN⁵⁰⁰, WOLTER⁵⁰¹), sino también por otros finalistas que defienden un tipo imprudente tal y como lo configuró WELZEL (CEREZO⁵⁰²). Pocas posiciones han

489 -----
Como señala MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/112 se transforma al delito imprudente de resultado en un delito doloso de peligro.

490 El delito imprudente, pp. 239, nota 893, 256, nota 976.

491 Comportamiento lícito, pp. 70 ss.

492 Verhalten, pp. 34, nota 140, 71 s., nota 6.

493 JZ 87, pp. 537 ss.

494 Schönke/Schröder, antes de 13/31.

495 PG, pp. 256, nota 4, 498.

496 Imputación, pp. 91 ss. P. 95: « Considero, pues, fracasado este nuevo intento de diseñar un injusto imprudente como reflejo de la estructura final de la acción y con ello el retorno a concepciones psicológicas de la imprudencia, a cuya superación contribuyó en gran medida el propio WELZEL, no entendiéndose la obcecación por revitalizar algo cuyo encefalograma hace mucho tiempo que dio plano ».

497 Riesgo permitido, pp. 393 ss.

498 Imputación, p. 102.

499 Delitos de peligro, p. 195, nota 161: « Tampoco puede asumirse la tesis de STRUENSEE porque:

1.º Es falso que en todo supuesto de producción no imprudente sino fortuita del resultado (el autor no podía o no tenía por qué conocer los factores de riesgo) la impunidad se fundamente en el error, sino que en muchos casos lo que ocurre es que el autor no crea un riesgo no permitido. STRUENSEE niega la imprudencia porque el sujeto se equivoca al tener el conocimiento de riesgo suficiente, no distinguiendo entre la falta de conocimiento deficitario y el no conocimiento normal, conforme a las reglas generales de cuidado, y

2.º es falso también que en toda imprudencia haya conocimiento de los « factores de riesgo », actuación final en relación con el « síndrome de riesgo », y tal exigencia llevaría a la impunidad de todos los supuestos en que por error, olvido o desatención absoluta se desconocen esos factores ».

500 Arm. Kaufmann-GS, pp. 249 s., PG, 8/22, 24/68 y Chengchi Law Review, p. 233.

501 GA-FS, p. 314 e Imputación, p. 87.

502 PG, pp. 420 s.

conseguido poner de acuerdo en su contra a tantos autores. La permisión de ciertos riesgos en la vida social no tiene nada que ver con ignorancias individuales⁵⁰³, sino que es fruto de una valoración normativa. Ni todo conocimiento de un riesgo grava de responsabilidad, lo que parece asumir STRUENSEE, ni todo desconocimiento desgrava si existe un deber de conocimiento⁵⁰⁴. Esta propuesta de STRUENSEE no se puede considerar más que como una reivindicación de dogmas superados, incluso por el propio WELZEL⁵⁰⁵. Además, como se puede apreciar en los artículos de STRUENSEE, no se ofrecen soluciones prácticas y utilizables a los aplicadores del Derecho. La afirmación de que en un supuesto el dolo se dirige al resultado y en otro no no es más que una afirmación, que ni siquiera es compatible con el Derecho positivo español (ciertos tipos de error son relevantes⁵⁰⁶, el autor imprudente y doloso ejecutan el mismo hecho). El que el delito imprudente tenga también un tipo subjetivo es algo que se puede asumir, pero lo que no se puede asumir es que sea idéntico al dolo (de peligro). El tipo subjetivo no se puede definir como una mera descripción fáctica de lo que conoce el sujeto y de sus intenciones, sino que en el tipo subjetivo se valora si existe la infracción de un deber teniendo en cuenta el dato fáctico de los conocimientos o desconocimientos del autor⁵⁰⁷.

La tesis de STRUENSEE puede suponer tener que aceptar la existencia de un tipos subjetivo en el delito imprudente paralelo al del delito doloso, al igual que lo aceptan muchos defensores de la « teoría de la imputación objetiva » (FRISCH, JAKOBS, OTTO, SAMSON, STRATENWERTH, TRIFFTERER, WOLTER). Pero no que la definición de un riesgo como permitido tenga que ver con lo que el autor conoce. Las nuevas concepciones objetivadoras del tipo le conceden una importancia al tipo objetivo que la « doctrina final de la acción » le había negado. Después del tipo objetivo, como filtro, hay que tener en cuenta el tipo subjetivo, que tiene como objeto de referencia el tipo objetivo. El problema de los « conocimientos especiales » es un problema de la parte subjetiva del delito, que presupone la existencia de un riesgo desaprobado por una norma penal. Los « conocimientos especiales » sólo son relevantes para el tipo cuando van referidos a un hecho objetivo desvalorado por la norma determinado previamente. El juzgador debe hablar antes del tipo objetivo que de los conocimientos del autor. El

503 Como lo entiende STRUENSEE: JZ 87, pp. 59 s., 63, 541 y GA 87, p. 102. Curiosamente, le da parcialmente la razón CORCOY, El delito imprudente, p. 231, nota 856.

504 RÖTTGER, Unrechtsbegründung, p. 68.

505 FRISCH, Verhalten, p. 34, nota 140, pp. 71 s., nota 6. Cfr. la crítica a la ontologización del Derecho penal de HASSEMER, Arm. Kaufmann-GS, pp. 292 s.

506 Veanse los problemas de incompatibilidad de esta posición con la distinción del Derecho positivo español, en sus referencias a la vencibilidad del error para determinar la relevancia penal de una conducta en CUELLO, Culpabilidad, pp. 194 s. Este autor afirma que, desde su posición, la alusión del C. P. a la evitabilidad o vencibilidad es perturbadora.

507 Como con razón objeta PAREDES, Riesgo permitido, pp. 393 ss., a la construcción ontologicista y puramente psicologicista de STRUENSEE.

aspecto subjetivo siempre va referido a un hecho desvalorado objetivamente (riesgo no permitido o riesgo típico). Si la conducta no adquiere el significado objetivo de típica nos es indiferente lo que conozca el autor⁵⁰⁸ y si lo adquiere la conducta puede ser típica aunque el autor no tenga el tipo ante los ojos (imprudencia). Incluso en la posición de STRUENSEE está claro que el tipo no sólo se ve configurado por la finalidad (dolo) más la causalidad. Es verdad que si alguien sabe que un niño va a salir de inmediato de entre unos coches y no adecúa su conducta a esa situación crítica realiza un tipo si lesiona o mata. Pero esa definición pasa por afirmar que dirigir un coche contra un niño es un riesgo relevante para la norma y que existe el deber de adecuar la forma de conducción a ciertas situaciones críticas (incluso ciertas autopuestas en peligro) para evitar lesiones. Los supuestos que la doctrina ha venido tratando como supuestos a solucionar mediante el recurso a los « coocimientos especiales » (propensión especial de la persona⁵⁰⁹ debido a lesiones orgánicas o debilidad física constitucional - hemofílicos, descalcificaciones, problemas de corazón como miocarditis crónicas⁵¹⁰, síndromes de Reuter⁵¹¹, etc. -, defectos mecánicos en medios de transporte, existencia de bombas, conductas antijurídicas por parte de terceros) son también solucionables y con una mayor garantía, seguridad, racionalidad, demostrabilidad y fundamentación si se acude previamente a determinar la existencia de motivos objetivos concretos, datos objetivos o situaciones críticas que configuran ese riesgo como más elevado que el permitido y que se deben conocer o se deben evitar⁵¹². En algunos casos existen factores de riesgo que hacen que

508 ROXIN, Arm. Kaufmann-GS, p. 241. No es verdad, como defiende LARRAURI, ADP 88, p. 747, que el conocimiento del autor haga que un riesgo se convierta en no permitido. O se conoce un riesgo relevante para el tipo o un riesgo irrelevante para el tipo, no hay más. Tampoco está esencialmente equivocada la idea de CORCOY, El delito imprudente, pp. 129 s., inspirada en el sistema de MIR, de que la norma « obliga a todos los ciudadanos a hacer todo lo posible para no crear un peligro típicamente relevante ». Pero ello pasa por un prius lógico: determinar lo que es un peligro típicamente relevante. Y sobre eso no nos dicen nada los conocimientos del autor.

509 CORCOY, El delito imprudente, p. 258.

510 SS. T. S. de 19 de junio de 1978 (Pte. Gil Sáez) y 6 de abril de 1993 (Pte. Moner).

511 S. T. S. de 12 de junio de 1989 (Pte. Bacigalupo).

512 Así, por ejemplo, ciertos supuestos que se han propuesto para fundamentar una concepción subjetiva del delito imprudente, en los que en realidad es preciso constatar una situación típica debido a la concurrencia de un motivo objetivo concreto que convierte a la conducta normalmente permitida en socialmente inadecuada: MIR PUIG, ADP 84, p. 674, se refiere a la presencia de una bomba en un avión; ZUGALDIA, ADP 84, p. 331, se refiere a la existencia de niños que corren descuidadamente por la calle, obstáculos en la carretera, etc. Por esa razón STRATENWERTH, Jescheck-FS, pp. 300 s., diferencia entre supuestos normales y supuestos donde un motivo objetivo concreto hace que exista un peligro anormal en la situación concreta. Para este autor en este último supuesto sólo son determinantes las capacidades individuales.

Se pueden encontrar ejemplos concretos en las siguientes SS. T. S.: 22 de octubre de 1952: « viandante con un saco de virutas y ocupando el centro de la carretera »; 16 de noviembre de 1960 (Pte. Quintano): dar órdenes a persona no capacitada para cumplirlas; 29 de mayo de 1961 (Pte. Quintano), zona de obras; 29 de mayo de 1961 (Pte. Glez. Díaz), una persona en el centro de la calzada; 19 de octubre de 1964 (Pte. Casas) que afirma que no basta una conducción formalmente reglamentaria cuando un motorista anuncia un próximo cambio de dirección; 24 de febrero de 1964 (Pte. Quintano): aparejadores

una conducta generalmente no peligrosa se convierta en peligrosa. Esos factores objetivos que definen un riesgo como más elevado que el riesgo general de la vida o el propio de una determinada actividad son el objeto de referencia del dolo o de la imprudencia y lo que definimos como « conocimientos especiales » cuando el autor los conoce. Pero, una vez más, hay que identificar previamente cuál es el riesgo desaprobado por la norma penal.

Los « desconocimientos especiales » en el ámbito del delito imprudente no son un problema subjetivo, sino una cuestión relacionada con el riesgo permitido. En muchas ocasiones se exige que alguien que desempeña un rol social disfrute de determinadas experiencias o conocimientos mínimos⁵¹³ (encargados de obras⁵¹⁴, conductores,

que tienen constancia de que el oficial albañil desatiende las órdenes del arquitecto; 24 de octubre de 1964 (Pte. Quintano): conductor de un camión cisterna que ve en su camino « dos grandes baches en el centro, formados por la boca de una alcantarilla que discurre subterráneamente por el centro de la calle, cuyas bocas formaban unos hoyos tapados por piedras, en tan malas condiciones de conservación que, por sus grietas se podía ver el agua que pasa por la alcantarilla »; 24 de octubre de 1964 (Pte. Cid): dos personas y una burra en la calzada; 12 de diciembre de 1964 (Pte. Calvillo): no funcionamiento absolutamente normal del freno hidráulico, aunque en este caso era absolutamente imposible de conocer para el conductor ya que acababan de controlar el sistema de frenado en un taller y no habían observado nada anormal; 23 de septiembre de 1965 (Pte. Calvillo): irregularidades en el funcionamiento del freno; 15 de enero de 1966 (Pte. Glez. Díaz): conducir un ómnibus, niña circulando en la misma dirección y camión cisterna en dirección contraria; 7 de octubre de 1966 (Pte. Blanco): mal estado de la dirección del automóvil; 12 de mayo de 1967 (Pte. Glez. Díaz): dos peatones en el centro de la calzada; 17 de febrero de 1969 (Pte. Escudero): tres mujeres en la calzada; 21 de febrero de 1969 (Pte. Escudero): una zona de obras señalizada y una mujer de avanzada edad atravesando la calzada obligan a adoptar medidas de prevención especiales; 10 de marzo de 1969 (Pte. Escudero): anciana que cruza la calle; 6 de octubre de 1969 (Pte. Glez. Díaz): no funcionamiento del timbre de aviso de la salida de trenes; 23 de octubre de 1970 (Pte. Díaz Palos): « dos ancianos que 200 metros más adelante habían iniciado el cruce de la calzada »; 13 de noviembre de 1971 (Pte. Díaz Palos): sistema de cimentación en una obra que había fallado en dos ocasiones anteriores similares; 4 de febrero de 1972 (Pte. Espinosa): « disco reflectante que avisaba la existencia de un vehículo aparcado por avería »; 29 de enero de 1973 (Pte. Hijas): anciano detenido en mitad de la calzada; 7 de abril de 1973 (Pte. Escudero): « un transeunte, anciano de 79 años que intentaba cruzar la calzada, pero mirando sólo en dirección opuesta a la que llevaba el coche del inculpado, por estar atento a otro vehículo »; 7 de junio de 1973 (Pte. Casas): peatones invidentes; 12 de febrero de 1974 (Pte. Casas): alguien mata a otro al disparársele un arma de fuego que manipulaba, cuando breves instantes antes le había sucedido exactamente lo mismo y había alcanzado a un coche; 12 de noviembre de 1976 (Pte. Castro): peatones cruzando la calzada; 24 de abril de 1979 (Pte. Hijas): mal funcionamiento previo de una instalación de gas; 26 de diciembre de 1981 (Pte. Castro): anteriores fallos de una máquina; 30 de mayo de 1988 (Pte. Bacigalupo): desperfecto que sufrían las luces del vehículo que se conducía; 4 de septiembre de 1991 (Pte. Mtnz.-Pereda): no presencia del anestesista en el quirófano para controlar las constantes vitales del paciente; 26 de abril de 1994 (Pte. Granados): recuperación anormal de una operación.

En la S. T. S. de 1 de julio de 1955 (Pte. Lozano), se afirma que no existe imprudencia cuando un conductor adecúa su forma de conducción al hecho de que un niño había montado en el estribo derecho del automóvil; la S. T. S. de 19 de octubre de 1964 (Pte. Casas) absuelve al acusado porque considera que no tenía ningún motivo para sospechar de la embriaguez del peatón « por la forma de caminar o por otros signos demostrativos de tal estado »; la S. T. S. de 11 de mayo de 1968 (Pte. Espinosa) absuelve al conductor que amoldó de forma correcta su forma de conducir a las circunstancias concurrentes; la S. T. S. de 29 de mayo de 1978 (Pte. Gil) contempla un supuesto similar; la S. T. S. de 22 de febrero de 1979 (Pte. Castro) excluye la realización de un homicidio imprudente debido a que el conductor de un camión amoldó su conducción a las circunstancias concretas que entrañaban un riesgo más elevado del normal.

⁵¹³ FRISCH, Vorsatz, pp. 132 ss.

ingenieros, médicos y cirujanos, etc.). No tener dichos conocimientos o no activarlos supone crear un riesgo no permitido. Este tema será desarrollado en el Capítulo 5º.

IX.D. Críticas a la « moderna teoría de la imputación objetiva » inspirada en la construcción político criminal de ROXIN

1. A pesar de compartir los presupuestos esenciales de toda « teoría de la imputación objetiva » que busque una interpretación teleológica y objetivizadora del tipo y rechazar las críticas provenientes del finalismo⁵¹⁵, es preciso plantearse una serie de defectos de los que adolece lo que podríamos definir como « escuela de la política criminal » y que nuevas versiones y modernizaciones que se analizarán posteriormente pretenden superar:

a) En primer lugar cabría plantearse una serie de dudas sobre uno de los principios inspiradores de este movimiento doctrinal: la política criminal⁵¹⁶. Con la mera orientación político criminal nos encontramos ante un sistema tan indefinido, poroso y abierto que es bastante dudoso que se merezca el calificativo de sistema⁵¹⁷. Incluso cabe plantearse si la inspiración político criminal no conlleva el peligro de difuminar ciertas garantías generales que siempre han acompañado a la teoría jurídica del delito: la taxatividad y la exigencia de una determinación de los tipos de la parte especial lo más estricta posible. Aunque se podría argumentar que la « teoría de la imputación objetiva » siempre busca límites objetivos a la tipicidad⁵¹⁸, lo cierto es que, por ejemplo, los defensores de la « teoría del

⁵¹⁴ El T. S. exige, de acuerdo con la legislación, que tengan conocimientos suficientes para la prevención de accidentes y la prestación de primeros auxilios (SS. T. S. de 12 de marzo de 1974 -Pte. Hijas-; 16 de noviembre de 1976 -Pte. Huerta-; 10 de octubre de 1980 -Pte. Hijas-, todas con más referencias jurisprudenciales).

⁵¹⁵ Aunque, como hemos visto, ROXIN no ha podido superar la crítica de la utilización de los « conocimientos especiales » en el delito imprudente (que trata en su manual en 24/46 ss.).

⁵¹⁶ Ciertas críticas a la orientación político criminal de una sistematización del Derecho penal de su maestro en AMELUNG, Grundfragen, pp. 85 ss. En este mismo trabajo aparece una introducción de SCHÜNEMANN que defiende las aportaciones de su maestro ROXIN. En España han realizado una gran exposición defensiva, MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 30 ss., 342 y SILVA, Aproximación, pp. 67 ss., 102 ss. Lo dicho en el texto no significa que no se comparta una misma línea metodológica, que parte de la idea de que « el sistema jurídico-penal no se debe basar ni sobre la causalidad ni sobre la finalidad », por lo que « conceptos normativos deben construir el sistema jurídico-penal y no leyes del ser (ya sea la causalidad o la finalidad) » (ROXIN, CPC 89, p. 751).

⁵¹⁷ HIRSCH, 25 Jahre Rechtsentwicklung, p. 52.

SILVA, Aproximación, p. 373, pone de manifiesto que « un sistema abierto por completo debe rechazarse en la medida en que si todo puede ser modificado y nada permanece, no tiene sentido seguir hablando de sistema ». Pero, a pesar de esta afirmación, considero que SILVA, en el trabajo más extenso en lengua castellana sobre esta orientación doctrinal, no puede aportar ningún criterio o principio para limitar « un sistema abierto por completo ».

⁵¹⁸ Por todos, BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 98.

incremento del riesgo » no pueden acudir a tal argumento porque esta teoría ha justificado la expansión de la responsabilidad por imprudencia por razones político criminales, aunque sus defensores han reconocido muchas veces las dificultades que entraña tal teoría desde un punto de vista dogmático. Habría que dirigirle una crítica genérica a toda teoría que quiera explicar el Derecho positivo desde una perspectiva político criminal y otra crítica particular a la perspectiva de ROXIN. La crítica genérica consiste en que nadie ha podido explicar todavía cómo se pueden sistematizar las leyes penales de acuerdo a las necesidades de una disciplina con vigencia previa al Derecho penal positivo o que funciona como un sistema crítico externo al Derecho positivo. Si se acude a los manuales de parte especial, se puede apreciar como metodológicamente siempre se distingue por un lado entre los problemas político criminales de un tipo o de una serie de tipos y, por otro lado, los problemas que suscitan los diversos elementos o requisitos de cada tipo como parámetros interpretativos. En cuanto a la particular visión de ROXIN, éste ha confundido la racionalización teleológica de los problemas generales de la teoría jurídica del delito con un sistema meramente orientado a las consecuencias de cada caso concreto y que basa sus soluciones en decisiones *ad hoc*. Es decir, lo que mantiene ROXIN y su « escuela de la política criminal » es que primero se decida la consecuencia que parece más deseable en el caso concreto y, a continuación, se efectuen las modificaciones de los presupuestos del delito necesarias « a fin de adaptar el sistema a las consecuencias que se entienden más satisfactorias »⁵¹⁹. Ello es lo mismo que afirmar que no existe sistema, por tanto seguridad jurídica, incurriéndose en la resolución caso por caso más característico del Derecho anglosajón que de la tradición jurídica continental. Es cierto que la ciencia ha incurrido muchas veces en el defecto de presentar a los jueces expresiones formales que sólo generan disputas infructuosas pero que no aportan soluciones prácticas. ROXIN hizo bien en desechar una Jurisprudencia y una Ciencia dogmática de conceptos y en insistir en analizar el contenido problemático de cada uno de los elementos de la teoría jurídica del delito. Pero ello no supone resolver casos particulares con criterios *ad hoc*, sino resolver problemas generales de imputación mediante fundamentos materiales que ofrezcan soluciones generales y, por consiguiente, cierta seguridad a la hora de aplicar el Derecho a todos los casos concretos que obedecen a un problema general común (creación de un riesgo desaprobado, imputación de resultados, participación delictiva, consentimiento, etc.). ROXIN crea un sistema inductivo a partir de diversos *topois* y, por ello, le es imposible reconducir su conjunto de criterios a una línea metodológica común. Este ha sido su empeño constante en los últimos años, pero el esfuerzo ha resultado infructuoso. Por ejemplo, ROXIN afirma que se deben resolver los problemas

519 -----
SILVA, Aproximación, p. 368.

teniendo en cuenta fines político criminales, pero no determina cuáles son los fines político criminales que nos ayudan a desentrañar las dificultades de la tipicidad (¿ La intimidación, la prevención general positiva, la satisfacción de deseos de venganza, etc. ?).

b) De esta abierta inspiración político criminal se deriva una de las críticas clásicas a la « teoría tradicional de la imputación objetiva »: su vaguedad y falta de claridad⁵²⁰. Muchas veces bajo la denominación « imputación objetiva » no se esconde más que una solución de compromiso que persigue excluir la punibilidad de acuerdo con criterios vagos e indeterminados que, en muchas ocasiones, sólo acuden al « sentimiento jurídico » más que a la razón. Esta teoría carece de una fundamentación dogmática sólida o de un anclaje científico consistente (racional, no sólo razonable), obedeciendo, de acuerdo con los postulados básicos del propio ROXIN, a la satisfacción de una serie de objetivos político criminales (¿ Cuáles ?). Por ello en la literatura moderna existe una cierta falta de claridad con respecto a los problemas del tipo. No existe un fundamento dogmático sólido que le dé unidad a las aportaciones de ROXIN (aspecto que no se le puede criticar a WELZEL o la teoría de las normas de ARMIN KAUFMANN, aunque su fundamentación no sea compartida en este trabajo). Esta teoría no ha conseguido librarse de su carácter de agrupamiento caótico de criterios que persiguen soluciones político criminalmente aceptables para ciertos grupos de casos. No se puede hablar más que de una preocupación con respecto a una serie de problemas circunscritos a la teoría del tipo. La falta de solidez de esta teoría se hace evidente si contemplamos como la ausencia de fundamentos generales ha obligado a plantear sus aportaciones mediante la solución de grupos de casos⁵²¹ (pensamiento tópico⁵²² o problemático). No es extraño que MTNEZ ESCAMILLA⁵²³, al enfrentarse de forma general al problema de la « imputación objetiva », hable de un « casuismo desesperante ». Muchas veces las soluciones propuestas son fruto de un enjuiciamiento *ad hoc*, en el que incluso es indiferente si se acude a criterios

520 HILGENDORF, Produzentenhaftung, pp. 132 s.

521 En el mismo sentido, REYES, ADP 92, p. 960; TORIO, ADP 86, p. 47.

522 ROXIN, Honig-FS, p. 140. Como ejemplo de lo dicho en el texto: EBERT, Jura 79, p. 561 y passim; LARRAURI, ADP 88, pp. 745 ss.; OTTO, NJW 80, pp. 418 ss.; ROXIN, CPC 89, p. 755; el mismo, PG, 11/59 ss., que llamativamente se trata de supuestos en los que se pretende resumir la aportación de esta teoría. SILVA, Libro-Homenaje a Fdez. Albor, p. 677, pese a asumir gran número de los planteamiento de ROXIN, prefiere definir la « imputación objetiva » como « tónica » y no como teoría .

ARM. KAUFMANN, Jescheck-FS, p. 271, llegó a la siguiente conclusión sobre la teoría de la imputación de ROXIN: « Conjunto de topois, útil para la interpretación de este o aquel tipo, incluso a veces para grupos de tipos ». Se trata de una crítica demasiado radical, pero tampoco falta de razón.

523 Imputación, p. 172.

objetivos o subjetivos⁵²⁴. Hace ya tiempo que esta teoría se limita a repetir *topois* y lugares comunes. MTNEZ. ESCAMILLA⁵²⁵ ha dejado en evidencia todas estas carencias: « Basta una primera lectura del reciente y copiosísimo material bibliográfico [...] para darse cuenta de que, en términos generales, y salvo valiosísimas y escasas aportaciones, la teoría de la imputación objetiva, en su actual grado de desarrollo, no va mucho más allá de un conglomerado inconexo de principios y criterios que se contradicen entre sí, careciendo de un hilo conductor que les dote de una lógica interna, y cuyo contenido es, en la mayoría de los casos, tan impreciso que permite la justificación de cualquier solución: la elegida previamente y de manera intuitiva, dándose a veces la circunstancia de que distintos autores acuden al mismo criterio para, ante un mismo supuesto problemático, justificar soluciones opuestas ». Existen voces en la doctrina, pues, que exigen una mayor fundamentación y claridad de los diversos criterios⁵²⁶. Es decir, una mejor fundamentación de la teoría del tipo como categoría dogmática de forma que se adecúe a los nuevos postulados y avances de la ciencia jurídico-penal.

Veamos algunos ejemplos de las inconsistencias sistemáticas y defectos en la fundamentación de la posición de ROXIN. En primer lugar, nadie ha explicado cómo funciona la norma que tiene el fin de proteger bienes jurídicos⁵²⁷ y que se ha convertido en el *topos* central de la « teoría tradicional de la imputación objetiva ». Debido a esta

524 En este sentido hay que darle la razón a ciertas críticas del finalismo.

525 Imputación, p. XXIV. En términos similares, pp. 172 ss. y KÜPPER, Grenzen, p. 84.

En tiempos más recientes (Aproximación, pp. 95 s.) ha reiterado sus críticas al *topos* de la realización del riesgo en el resultado: « El procedimiento con el que viene abordándose su solución consiste en la reunión de dichos supuestos en grupos, en consideración a unos caracteres comunes, intentando, a partir de ahí, la elaboración de criterios que hagan posible su resolución. Esta forma de proceder propia del pensamiento problemático, ha dado lugar a un casuismo desesperante, que se observa sobre todo en los primeros escritos sobre la imputación objetiva. Dado que los supuestos a resolver presentan muy diversas características, los criterios propuestos se multiplican superponiéndose, complementándose e incluso resultando a veces contradictorios entre sí. Esta situación se hace especialmente patente en el ámbito de la realización del riesgo en el resultado. A diferencia de éste, en el presupuesto de la imputación: la creación de un riesgo relevante, se partía de una previa fundamentación filosófica y normativa del pensamiento de la adecuación que ofrece un punto de referencia y un prisma común para la resolución de las cuestiones que en aquella sede se planteaban. Esto es algo que se echa muy en falta en el tratamiento de la realización del riesgo, donde el casuismo y la multiplicación de criterios que hacen que se acabe por perder el norte del problema, que se olvide que deben existir unas ideas rectoras capaces de guiar la resolución de todos los supuestos planteados en este ámbito ».

526 Intenta responder a esta crítica, ROXIN, Chengchi Law Review, pp. 238 s.

527 En profundidad, sobre esta cuestión no aclarada, CORCOY, El delito imprudente, pp. 567 ss.; la misma, Imputación, p. 62: « El primer paso que se ha de realizar para poder decidir sobre cuáles serán los fines de la norma infringida es concretar qué es lo que se entiende por norma en relación a este criterio de imputación. La doctrina en ningún caso se ha definido expresamente sobre cuál es el contenido de esa norma. Un sector doctrinal habla de esta norma en el sentido de norma penal, entendiendo por norma penal lo descrito en el tipo; otros la conciben como norma de cuidado, en el sentido de deber objetivo de cuidado; por último, la mayoría de autores le dan indistintamente uno u otro contenido ». Cfr. WOLTER, Imputación, pp. 66, 71 ss.

inseguridad teórica no es extraño que cada autor utilice el criterio del « fin de protección de la norma » como mejor convenga a las conclusiones a las que se quiere llegar⁵²⁸. La ciencia dogmática no desempeña así su labor de garantía y exclusión de la arbitrariedad. Por ejemplo, es llamativo que esta norma de protección establezca filtros objetivos para la imputación de riesgos en el delito doloso, y, en cambio, en el delito imprudente, los establezca en el momento de la imputación de resultados. ¿ Se debe esa diferencia sólo a razones prácticas ? En el *topos* del « ámbito o fin de protección de la norma »⁵²⁹ se han

⁵²⁸ Este criterio tiene un estudio más antiguo y detallado por parte de la doctrina civil alemana. Sobre las relaciones entre este criterio en el marco de la doctrina civil y su posterior estudio en nuestra disciplina: NIESSEN, *Berücksichtigung*, pp. 68 s.; REYES, *Imputación*, p. 207; ROXIN, *Honig-FS*, p. 140; el mismo, *PG*, 11/68 ss.; RUDOLPHI, *JuS* 69, p. 550; SCHMIDHÄUSER, *PG*, 8/50, nota 20, 9/40; el mismo, *Studienbuch*, 6/121; SILVA, *La Ley* 84, p. 1046: « como señala ROXIN, el que el criterio de la esfera de protección de la norma tenga un carácter rector en ambos sectores del Ordenamiento Jurídico no implica que su contenido y consecuencias hayan de ser las mismas. Pues las metas de la justa reparación del daño y de la reacción adecuada político-criminalmente pueden requerir soluciones diferentes ».

Sobre el estado de la cuestión en la literatura civilista, cfr. LARENZ, *Honig-FS*, pp. 83 ss.; MÄDRICH, *Lebensrisiko*, pp. 76 ss.; MICHALSKI, *Jura* 96, *passim*; MÜNZBERG, *Verhalten*, pp. 122 ss. Al igual que ya comenté con el concepto de cuidado necesario en el tráfico, el « fin de protección de la norma » debe ser distinto en el ámbito penal y civil ya que las finalidades de ambos ordenamientos son distintas. Por ejemplo, en la dogmática civil sólo interesa este criterio para imputar un perjuicio económico, ya que negar cualquier perjuicio relevante para la norma supone negar la obligación extracontractual de indemnizar. Una mera creación de un riesgo no genera ninguna obligación extracontractual. Desde luego, las cosas son muy distintas en el ámbito del Derecho penal.

⁵²⁹ Han criticado este criterio: BINDOKAT, *JZ* 77, p. 550, que considera que no aporta nada a las soluciones tradicionales; CURADO, *Comportamiento lícito*, pp. 233 ss.; DERKSEN, *NJW* 95, p. 241; FRISCH, *Verhalten*, pp. 80 ss., en profundidad: la finalidad de los tipos penales poco puede decir sobre casos concretos como demuestra la diversidad de soluciones que los partidarios de este criterio ofrecen para supuestos concretos y conlleva la peligrosidad de que con una referencia general a la finalidad de la norma penal no queden claros cuáles son los auténticos medios o *topois* determinantes para la solución de los problemas concretos (autorresponsabilidad de la víctima, principio de confianza, etc.); aunque FRISCH no se limita a criticar, sino que plantea una alternativa a los problemas tratados bajo este criterio en p. 85, nota 68, donde indica los principios que orientarán toda su monografía; JAKOBS, *PG*, 7/73, nota 121; MTNEZ. ESCAMILLA, *Imputación*, pp. 265 ss., bajo un título que lo dice todo: « situación actual del criterio « fin de protección de la norma »: « el imperio del caos » », apoyando ciertas conclusiones de FRISCH, que, entre otras cosas le reprocha al criterio lo siguiente: « sólo la persona que aplica este criterio puede saber con seguridad la solución a la que nos conducirá y ello únicamente porque dicha conclusión ha sido ya adoptada, por considerarla justa, con anterioridad a la búsqueda del fin de la norma. Se apela a éste tan solo para dar una apariencia de fundamentación a una toma de postura un tanto intuitiva o que responde simplemente a un « sentimiento de justicia » »; OTTO, *Maurach-FS*, p. 98, nota 28; el mismo, *JuS* 74, p. 706; el mismo, *NJW* 74, p. 532, nota 48; el mismo, *NJW* 80, p. 419; el mismo, *Spendel-FS*, p. 279; PUPPE, *JZ* 85, p. 297, nota 12; la misma, *NK*, antes de 13/210, lo considera un *topos* indeterminado; REYES, *Imputación*, pp. 204 ss., considera, como otros autores aquí citados, que se trata de una « fórmula vacía », afirmando que « la imprecisión que revela el concepto del « fin de protección de la norma » ha llevado inclusive a que diversos autores, analizando un idéntico supuesto de hecho, arriben a conclusiones diversas mediante la aplicación del mismo « principio rector » », que « se trata de un concepto sin contenido, cuya extrema vaguedad le transforma en inservible dentro de una teoría de la imputación objetiva » y que « no es que sea incorrecto decir que una conducta solo puede serle imputable a alguien solo cuando la respectiva norma se proponga evitar esa clase de comportamientos; lo que ocurre es que se trata de una afirmación que siendo correcta, no brinda ninguna ayuda al momento de determinar cuándo un resultado penalmente relevante debe serle imputado a alguien como « su obra » »; SCHMIDHÄUSER, *PG*, 8/50, nota 20, 9/40, que lo considera también una fórmula vacía que no aporta nada a las soluciones tradicionales; el mismo, *Studienbuch*, *PG*, 6/121; SCHROEDER, *LK*, 16/28, lo considera una « fórmula vacía », lo que ha motivado una respuesta directa

mezclado una serie de cuestiones que ocupan un lugar distinto dentro de la teoría jurídica del delito⁵³⁰: la interpretación del tipo objetivo, problemas estrictos de causalidad, los conocimientos relevantes para el tipo, determinación del deber objetivo de cuidado, el riesgo no permitido, la relación normativa que debe existir entre la infracción del deber objetivo de cuidado y el resultado (que ha recibido diversas denominaciones como, por ejemplo, « relación de riesgo »⁵³¹, « relación o conexión de antijuridicidad »⁵³², « fin especial y general de la norma penal »⁵³³, « relación interna o específica entre infracción

a este autor por parte de SCHÜNEMANN, GA 85, pp. 358 ss.; SPENDEL, JuS 74, pp. 755 s.; WEHRLE, Regressverbot, pp. 91 ss.

BLOY, GA 89, p. 271, considera que el concepto de « fin de protección de la norma » no es utilizado de la misma forma por parte de todos los autores.

SCHÜNEMANN, JA 75, p. 715, defiende este *topos* frente a sus críticos, afirmando que se trata de « un principio regulativo que se remite a valoraciones adicionales ».

Desde el finalismo: KÜPER, Grenzen, pp. 104 ss.; SERRANO, Teoría del delito imprudente, pp. 111 ss.; ZIELINSKI, AK, 15, 16 /115.

Exceptuando FRISCH, MTNEZ. ESCAMILLA y REYES, las críticas no han sido muy extensas, pero ello es debido a que los defensores del « fin de protección de la norma » no han ofrecido datos concretos para criticar este criterio. Exceptuando estos tres autores, las críticas se han referido sólo a dos puntos: la innecesariedad y la indefinición del concepto (cfr. MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 276).

Curiosamente a este criterio se le han hecho las mismas objeciones que ROXIN, ZStW 74, p. 421, le dirigió a la « teoría de la relevancia » de MEZGER con la que éste pretendía alcanzar un « correctivo de la tipicidad » antes de llegar al « correctivo de la culpabilidad »: sirve simplemente para apelar a la sensibilidad jurídica. MEZGER (Lehrbuch, p. 124, JZ 58, p. 282) quería verificar la relevancia típica de un proceso causal, a partir de « una correcta interpretación del tipo penal ».

⁵³⁰ DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, p. 309; JAKOBS, PG, 7/nota 131 e, señala como « siempre que falta un presupuesto del injusto, queda el suceso fuera del ámbito de protección de la norma »; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 271 s., 274 s.; RANFT, NJW 84, p. 1433; REYES, Imputación, pp. 210 s.; ZIELINSKI, AK, 15, 16/117.

⁵³¹ BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 96 ss. y la mayoría de la doctrina y Jurisprudencia austriacas (cfr. BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 71 s.; el mismo, Jescheck-FS, p. 360, nota 6; el mismo, WK, 6/64 ss.) que lo equipara al criterio del « fin de protección de la norma » y al de « relación de antijuridicidad », aunando todos los criterios de imputación del resultado en sentido estricto: CORCOY, Imputación, pp. 56 ss.; CRAMER, Schönke/Schröder, 15/161; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes del 13/95; SCHÜNEMANN, GA 85, p. 358; WEHRLE, Regressverbot, p. 93, nota 2; el mismo, Jescheck-FS, p. 360; STRATENWERTH, PG, nums. margs. 348 ss.; TRIFFTERER, Klug-FS, p. 442; el mismo, PG, pp. 150 ss.

⁵³² BACIGALUPO, PG, p. 246; BINDOKAT, JZ 77, p. 550 los equipara; CRAMER, Schönke/Schröder, 15/129, 161 ss., en especial 163; EBERT, Jura 79, pp. 565, 571; ENGISCH, Kausalität, pp. 65 ss.; ERB, Alternativverhalten, pp. 70 s., 290, con más referencias y *passim*; el mismo, JuS 94, pp. 455 s.; JESCHECK, PG, 55 II 2 b); JORGE BARREIRO, Imprudencia, p. 64; el mismo, Omisión, p. 228; LAMPE, ZStW 101, pp. 40 s., en un artículo dedicado a ENGISCH, utiliza esta nomenclatura, definiendo tal relación como la exigencia de « una realización típica de la infracción del deber en el resultado »; MÜNZBERG, Verhalten, p. 120; ROMEO, El médico, pp. 84 s.; el mismo, ADP 90, p. 448; SAMSON, SK, anexo a 16/24 ss.; ZUGALDIA, RDCirc. 81, p. 347.

BACIGALUPO ha trasladado el criterio de « conexión de la antijuridicidad » entre el incumplimiento del deber de cuidado y el resultado producido a las SS. T. S. de la que es ponente: 24 de noviembre de 1989; 26 de marzo de 1994. En otras SS. T. S. también se ha utilizado esta misma terminología como en la de 12 de junio de 1990 (Pte. Manzanares).

Esta denominación también ha sido utilizada por el T. S. austriaco (cfr. BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 97).

⁵³³ JAKOBS, Studien, pp. 89 ss., 100 ss.

del deber y resultado »⁵³⁴ que no implican grandes diferencias materiales), etc. En realidad, este criterio es una mezcla de distintos institutos y figuras de la teoría jurídica del delito con una única finalidad: limitar la imputación de resultados⁵³⁵. Es decir, se han entremezclado diversos problemas que han quedado camuflados bajo el manto del « fin o ámbito de protección de la norma »⁵³⁶. Éste no supone ningún instrumento dogmático, sino un comodín conforme al que defender la posición que se considere más aceptable. De esta manera, la « teoría tradicional de la imputación objetiva » ha confundido en vez de esclarecer. El « fin o ámbito de protección de la norma » supone uno de esos términos seductores que sirven para todo y, por ello, para nada. El afirmar que un resultado queda fuera del fin o ámbito de protección de la norma es lo mismo que decir que falta algún requisito para imputarle el resultado a una persona como obra suya. Pero con ello no se evita la arbitrariedad en la solución, ya que es preciso determinar en cada supuesto cuál es el requisito que falta y porqué falta ese requisito.

La separación realizada por BURGSTALLER⁵³⁷, MTNEZ. ESCAMILLA⁵³⁸, ROXIN⁵³⁹ y WOLTER⁵⁴⁰ entre « fin de protección de la norma de cuidado »⁵⁴¹ y «

534 -----
HERZBERG, Verantwortung, pp. 174 ss.; NIEWENHUIS, Gefahr, pp. 18 ss., 127 ss.

535 JAKOBS, PG, 7/73, nota 121; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 265: « al hablar de fin de la norma se suele aludir a cosas diferentes. Hay quien hace referencia al fin de las normas penales en general, fundamentalmente en su versión de normas de comportamiento o imperativos. Otros hablan de fin de los diversos tipos penales y, por último, también se utiliza esta expresión referida al fin de las diferentes normas de diligencia »; OTTO, JuS 74, p. 706, nota 30; el mismo, NJW 74, p. 532, nota 48; el mismo, NJW 80, p. 419; el mismo, Spendel-FS, p. 279, insistiendo en la idea ya expresada anteriormente (Maurach-FS, p. 98, nota 28, JuS 74, NJW 74 y 80) de que la idea del fin de protección sólo es útil para las normas de peligros abstracto como las de seguridad vial, pero no para los tipos puros de resultado como los de homicidio o lesiones donde esta idea del fin de protección es una « fórmula vacía » que puede conducir a resultados diversos dependiendo del autor que la utilice, proponiendo OTTO un criterio general de imputación distinto para resolver los mismos problemas como el de « posibilidad de dominio »; SCHMIDHÄUSER, Studienbuch, 6/121.

536 Vid. a título de ejemplo, CORCOY, El delito imprudente, pp. 561 ss.; CRAMER, Schönke/Schröder, 15/173; ROXIN, Honig-FS, pp. 140 ss.; RUDOLPHI, JuS 69, pp. 552 ss., que en pp. 552 a 554 se ocupa de problemas específicos de la imputación del resultado en la imprudencia y en pp. 554 ss. de problemas generales de los tipos de resultado; el mismo, SK antes de 1/64 donde se ocupa de problemas específicos de la imputación del resultado en el delito imprudente y antes de 1/71 ss. donde se ocupa de problemas generales de alcance del tipo objetivo; SAMSON, SK, anexo a 16/24, 28; SCHÜNEMANN, JA 75, pp. 715 ss.; STRATENWERTH, PG, nums. margs. 348 ss.; WOLTER, Zurechnung, pp. 53 ss., 341 ss. RENGIER, Erfolgsqualifizierte Delikte, pp. 154 ss., utiliza este *topos* confuso en el ámbito de los delitos cualificados por el resultado.

SAX, JZ 76, pp. 9 ss., 80 ss., 429 ss., utiliza la expresión « fin de protección de la norma » en otro sentido: este criterio se ocupa de supuestos en los que formalmente se dan todos los requisitos del tipo, pero falta una agresión contra el bien jurídico.

537 Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 96 ss. en relación con pp. 105 ss. Muestra su acuerdo con este autor, HERZBERG, Verantwortung, pp. 175 s., nota 53.

538 Imputación, pp. 268 ss., 341 ss.

539 Gallas-FS, pp. 242 s., apunta ya una solución en este sentido que corrobora en PG, 11/71, con nota 103.

540 Zurechnung, pp. 341 ss., con el que FRISCH, Verhalten, p. 82, nota 55, muestra su conformidad.

alcance o fin de protección del tipo penal »⁵⁴² añade luz a la confusión pero no resuelve completamente los problemas de este *topos*. Por ejemplo: ¿ Por qué es relevante a efectos de imputación jurídico-penal la interpretación de normas extrapenales y la búsqueda de su finalidad⁵⁴³ ? ¿ El alcance del tipo afecta sólo a la imputación de resultados o a la globalidad del tipo⁵⁴⁴ ? ¿ Afecta sólo al tipo objetivo o a toda la teoría del tipo, incluyendo el tipo subjetivo ?⁵⁴⁵ Las definiciones ofrecidas por los partidarios del « fin de protección de la norma » demuestran las carencias de este criterio: « Principio regulativo que se remite a valoraciones adicionales »⁵⁴⁶ o « principio rector bajo el que hay que tratar paso a paso todo el material jurídico »⁵⁴⁷ o « ponderaciones teleológicas » que « ofrecen posibilidades de limitación de la responsabilidad motivadas político-criminalmente »⁵⁴⁸ o « principio regulativo que puede operar en distintos niveles »⁵⁴⁹. ¿ Sería admisible afirmar la adecuación típica de una conducta al tipo de hurto diciendo sin más que queda dentro del fin de protección de la norma o del alcance del tipo del art. 234⁵⁵⁰ ?

CORCOY⁵⁵¹ lleva a cabo un intento de sistematización de este criterio. Esta autora, después de

541 Sobre esta problemática: BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 96 ss.; MTNEZ. ESCAMILLA, *Imputación*, pp. 268 ss., que señala que « no se trata ya de que no exista acuerdo sobre el ámbito propio de aplicación de este criterio, ni sobre las funciones que se le atribuyen, sino que a la hora de determinar el fin de una concreta norma de cuidado, las opiniones también difieren » (p. 276), desarrollando en pp. 277 ss. « pautas generales para la averiguación del fin de la norma lesionada »; ZUGALDIA, *RDCirc.* 81, pp. 347 ss.

542 Sobre este *topos*: MTNEZ. ESCAMILLA, *Imputación*, pp. 341 ss.; ROXIN, *CPC* 89, pp. 760 s.; el mismo, *PG*, 11/85 ss.

543 En este sentido, FRISCH, *Verhalten*, p. 82 ha dirigido una serie de objeciones insalvables contra el criterio del « fin de protección de la norma »: normalmente se habla del fin de protección de normas extrapenales que sólo sirven como indicio de la infracción del deber de cuidado, cuando en nuestra disciplina sólo interesa el fin de protección de las normas penales. Puede darse el supuesto que una norma extrapenal quería evitar, pero ello no tiene nada que ver con que se dé también el supuesto de hecho contemplado por la norma penal, como la práctica Jurisprudencial alemana ha demostrado en multitud de ocasiones recogidas por el propio FRISCH.

Sobre la importancia que le dan los partidarios de la « teoría tradicional de la imputación objetiva » a la interpretación de normas extrapenales, se pueden consultar las siguientes obras: HERZBERG, *Verantwortung*, pp. 175 ss.; MTNEZ. ESCAMILLA, *Imputación*, pp. 280 ss., con más referencias.

544 MTNEZ. ESCAMILLA, *Imputación*, p. 366, llega a la conclusión de que afecta a la desaprobación del riesgo y no es un problema de imputación del resultado en sentido estricto, pero de ahí no deduce consecuencias para una reformulación de la « teoría tradicional de la imputación objetiva ».

545 Sobre esta discusión en la doctrina austríaca, TRIFFTERER, *PG*, pp. 139 s.

546 SCHÜNEMANN, *JA* 75, p. 715. Sobre la « flexibilidad » del criterio del « ámbito de protección de la norma », HERZBERG, *Verantwortung*, p. 177.

547 ROXIN, *Gallas-FS*, p. 258.

548 ROXIN, *Honig-FS*, p. 144; el mismo, *Gallas-FS*, pp. 248, 258; ROXIN/SCHÜNEMANN/HAFFKE, *Klausurenlehre*, pp. 140 s.

549 CORCOY, *El delito imprudente*, p. 571.

550 En general, en contra de una interpretación basada en la finalidad de la ley o de un precepto específico, HERZBERG, *NJW* 90, *passim*, en especial p. 2530.

551 *Imputación*, pp. 62 ss.

poner en evidencia las inconsistencias sistemáticas de la doctrina mayoritaria en Alemania con respecto al criterio del « fin o ámbito de protección de la norma », llega a las siguientes conclusiones: « La comprensión de la norma propia del criterio del fin de protección como norma penal plantea tres problemas fundamentales: a) La concreción de los fines de la norma, entendida como norma penal, ofrece graves dificultades, por lo que se obtienen resultados poco satisfactorios. Esto es así porque la norma penal tiene un carácter general, ya que su finalidad es evitar lesiones de bienes jurídicos por ella protegidos⁵⁵². Es cierto que a través de la ubicación de la infracción de la norma de cuidado en el injusto, se consigue un primer límite a este carácter general, que no existía en la concepción causalista en la que la norma penal era igual a la lesión del bien jurídico. Con un injusto concebido como desvalor de la acción, la norma penal no protege ya, en todo caso, la lesión del bien jurídico, sino sólo frente a conductas típicas -que infringen la norma de cuidado y en las que no concurren causas de justificación-. Este límite, del ámbito de protección de la norma penal, adquiere un contenido material cuando se exige una auténtica relevancia penal a la infracción de la norma de cuidado [...] Sin embargo, con este límite a lo máximo que se puede llegar en la concreción de una norma penal como, por ejemplo, el homicidio imprudente, es que ésta abarca toda creación de riesgo adecuado *ex ante* para causar la muerte de una persona ». Con estas consideraciones, en mi opinión correctas, de CORCOY nos damos cuenta de que hemos vuelto al punto de partida: La imputación del resultado se limita mediante la « teoría de la causalidad adecuada ». Esta autora se sigue planteando más problemas en relación a este criterio: b) La imposibilidad de llegar más lejos en la concreción de los fines de protección de la norma penal nos lleva directamente al segundo problema: siempre que se pruebe la creación de un riesgo típicamente relevante por una conducta, los resultados que ésta provoque entrarán dentro del « fin de protección de la norma », porque la afirmación de la existencia de ese riesgo equivale a afirmar que se ha creado un riesgo de los previstos en la norma penal. La autora saca en este casos sus propias conclusiones: « El criterio del fin de protección así entendido es una reduplicación del juicio de tipicidad que no nos dice nada en relación con la imputación del resultado ». Y añade: c) « En el terreno práctico es donde, con mayor claridad, se demuestran las dificultades de esta concepción. Los autores que pretenden mantener esta teoría en la solución de los casos advierten la dificultad y acuden a la « norma de conducta », que no es otra cosa que la conducta adecuada al deber objetivo de cuidado ». Por ello llega a la siguiente conclusión: « Las dificultades enumeradas, que pueden ser comprendidas por cualquiera que trate de solucionar un caso a través del criterio de fin de protección de la norma, entendida ésta como norma penal, son argumentos suficientes para entender el concepto de norma que utiliza este criterio como norma de cuidado ». Es decir, se trata de averiguar la finalidad de

⁵⁵² Esta cuestión no carece de relevancia. En nuestra Jurisprudencia el criterio del « fin de protección de la norma » opera como criterio expansivo de la responsabilidad penal por considerar que toda norma pretende evitar lesiones de bienes jurídicos. Y si se ha lesionado el bien jurídico la conducta entra a formar parte de aquellas que la norma pretende evitar. De esta manera se vuelve al criterio más puro de « norma de valoración », consiguiéndose con este criterio el efecto contrario al que se pretendía. En vez de ser más restrictivo que la « teoría de la adecuación » y el *topos* de la « previsibilidad objetiva » resulta que limita menos que éste porque se acaba conformando con la causalidad como criterio definitivo.

reglas generales de cuidado contenidas en ordenamientos extrapenales o entendidas como reglas de experiencia no codificadas. Por tanto, el criterio del « fin de protección de la norma » se ocupa del fin de protección de normas extrapenales. Las conclusiones de CORCOY, sin embargo, no son muy halagüeñas: « La determinación del ámbito de protección de la norma se realiza, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en el caso concreto, a través de una valoración de los fines de la norma infringida, de acuerdo con criterios generales de interpretación y, en particular, por una interpretación teleológica de la norma. ROXIN, advirtiendo el peligro cierto de discrecionalidad que ello comporta, lo ha tratado de evitar intentando la búsqueda del fin de protección por medio de la agrupación de casos análogos. Con ello se persigue ir más allá de la determinación del fin de protección de un concreto deber de cuidado y encontrar principios generales. Sin embargo, a través de este sistema de generalización lo único que se consigue es introducir un nuevo factor de inseguridad ».

Conclusión: Un criterio como el del fin o ámbito de protección no añade nada relevante a la doctrina imperante del injusto imprudente (ENGISCH, WELZEL⁵⁵³) más que una serie inconexa de *topois* inducidos directamente de casos particulares. No existe seguridad en la aplicación de estos *topois* porque no hay sistemática. Sin sistemática, sólo con tópicos, no existe seguridad jurídica. Como señala CORCOY⁵⁵⁴, « el criterio del fin de protección de la norma ha sido utilizado con tanta amplitud por la doctrina que ha llegado a perder sus contornos ». Para recuperarlos hay que volver a « instituciones clásicas » como el deber de cuidado que permiten llegar a unos acuerdos mínimos y, de esta manera, superar la arbitrariedad.

Otros ejemplos: autores como JESCHECK, ROXIN, RUDOLPHI o STRATENWERTH utilizan indistintamente el « fin de protección de la norma » y el « incremento del riesgo » como criterios de imputación de resultados en el delito imprudente, cuando, como ya he dicho más arriba, estos dos principios parten de principios opuestos. O, por citar otro ejemplo, nadie ha explicado porqué la relación entre dolo y riesgo es un problema de tipo y la relación entre imprudencia y riesgo es un problema de la culpabilidad para la doctrina mayoritaria (deber subjetivo de cuidado). Esta diferencia puede ser asumible a partir de bases ontológicas, pero es más difícil de explicar en el marco de un sistema teleológico.

553 Así, por ejemplo, CORCOY, Imputación, p. 79, llega a la conclusión de que « la eficacia de este criterio se funda en la admisión de que los deberes objetivos de cuidado se prevén, no para evitar todos los resultados previstos en el tipo penal infringido, sino únicamente aquellas modalidad o clases de resultados que el cumplimiento de ese deber de cuidado podía prevenir y evitar ». ¿ No suena esta afirmación a una vieja argumentación muy conocida ?

554 Imputación, p. 78.

Además, nadie ha explicado hasta hoy en día porqué el autor recibe una serie de beneficios político criminales que no se encuentran recogidos en nuestro Derecho positivo. Se trata de un tema que se ha dado siempre por supuesto. Si efectivamente está recogidos, de forma tácita o expresa, en las normas penales hay que desarrollar la « teoría de la imputación objetiva » a partir de una interpretación sistemática de las normas penales y no de difusos principios político criminales.

c) La « escuela de la política criminal » no ha ofrecido una teoría general del tipo, sino una teoría de la imputación de resultados a una conducta⁵⁵⁵, que supone un aspecto parcial de la teoría del tipo. Mientras la « teoría de la imputación objetiva » no traslade sus principios a todos los tipos no habrá adquirido la mayoría de edad⁵⁵⁶. Ello no supone trasladar la estructura formal desarrollada para los delitos de resultado: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y concreción de ese riesgo. Lo que hay que trasladar y extender es el método para imputar elementos constitutivos del tipo. Esta estructura formal de los tipos de resultado sólo es válida, como mucho, para los delitos que recogen, como elemento del tipo, un resultado lesivo (cadáver, lesiones, daños materiales, daño o perjuicio a tercero o de la causa pública, perjuicio patrimonial, etc.). Pero el tipo, como categoría de la teoría jurídica del delito, no tiene un carácter formal, sino material. ROXIN no ha ofrecido unos fundamentos materiales generales del tipo⁵⁵⁷. Los criterios que ha ido presentando, sin duda son útiles para imputar resultados, pero no suponen una teoría del tipo.

d) En relación con el punto anterior, hay que señalar que muchos problemas que

555 Idea generalizada: BACIGALUPO, PG, p. 115; BUSTOS, Estudios XII, pp. 118 s.; CORCOY, El delito imprudente, p. 591: « En el juicio de imputación objetiva « strictu sensu » ya no se trata de decidir sobre lo injusto de la conducta. En este segundo nivel el examen recae sobre la posible imputación del resultado a la conducta típica. En definitiva, a través de este juicio de imputación se ha de probar la existencia de una relación de riesgo entre conducta típica y resultado »; EBERT, Jura 79, p. 561 y passim; GOMEZ BENITEZ, PG, p. 92; KÜPER, Lackner-FS, p. 256; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 44 ss. TRIFFTERER, Klug-FS, p. 442 y PG, p. 144, denomina a la imputación de resultados *imputación especial frente a la imputación general*.

En sentido crítico, FRISCH, Verhalten, pp. 50 ss. resalta esta idea.

556 Esta comprensión amplia de la « imputación objetiva » se puede hallar en HERZBERG, JR 86, p. 8 y passim; RENGIER, KK-OWIG, 10/13; SILVA, L-H Fdez. Albor, p. 677; TORIO, ADP 86, pp. 34 s., 42 ss., 47; el mismo, Estudios X, p. 384; el mismo, L-H Antón Oneca, pp. 883 ss., con respecto al delito de estafa. Comparto la visión de TORIO de que la « imputación objetiva » como « principio metódico general » tiene que informar las diversas partes que configuran la teoría del tipo: la tentativa, la autoría y participación, etc. Lo que no comparto con TORIO es que los delitos de peligro abstracto o la tentativa imposible supongan « excepciones al principio metódico general » que supone la « imputación objetiva ».

557 Incluso, en el manifiesto de su sistema (Kriminalpolitik) se justifica al tipo desde una perspectiva puramente formal, como ámbito de aplicación del principio de legalidad..

han sido tratados tradicionalmente como problemas de imputación del resultado típico en realidad son problemas que se han de tratar previamente. Es decir, problemas que tienen que ver con una correcta imputación de riesgos. La « imputación objetiva » para la « escuela de la política criminal » supuso un desarrollo de la « teoría de la adecuación » y de la « teoría de la relevancia », concediéndole, al igual que estas teorías, una importancia desmedida a la imputación del resultado. Esto es especialmente evidente en el delito imprudente, donde la « teoría tradicional de la imputación objetiva » se ha convertido en una teoría de la concreción del riesgo típico. Pero el resultado no pende en el aire, sino que es la objetivación de una conducta⁵⁵⁸. Por ello es preciso que en el tipo imprudente se le otorgue a la forma de configurar la conducta o de configurar la realidad la relevancia que ya tiene en el delito doloso. De la misma manera que se están intentando trasladar varios filtros objetivos del delito imprudente al delito doloso (por ejemplo, el riesgo permitido). Por ejemplo, el determinar si la creación de riesgos en un rallye infringiendo las normas generales de circulación es relevante para el tipo, no debe ser un problema de imputación de un resultado si pasa algo a lo largo de la carrera, sino un problema del desvalor del riesgo que supone participar en tal prueba deportiva. Así se consigue una mayor claridad sistemática con la que no se pretende sólo una bonita construcción teórica, sino la separación de problemas que tienen raíces distintas y se merecen soluciones diferenciadas (desaprobación de riesgos-realización de un riesgo desaprobado). No es lo mismo no crear un riesgo no permitido que no poder imputar el resultado al que se ha comportado de forma inadecuada. Ello es evidente en el ámbito del tipo doloso, y no tiene porqué llegarse a otra conclusión en el ámbito del tipo imprudente. De esta manera se puede conseguir trabajar de forma unitaria en el tipo doloso e imprudente sobre lo que hay que entender por un riesgo no permitido o un riesgo típico. Toda teoría que pretenda explicar la relación normativa entre conductas que crean riesgos (al menos en los delitos de comisión) y producciones de resultados no puede prescindir de una correcta determinación de la dimensión típica del riesgo. Este aspecto tiene mucho que ver con el ámbito de protección de la norma penal. Sobre todo si se entiende que el Derecho penal regula esencialmente conductas y no se limita a desvalorar resultados. La doctrina española se ha dado cuenta de que muchos problemas que la doctrina alemana trata como problemas de imputación del resultado tienen más que ver con la imputación de riesgos (BUSTOS⁵⁵⁹, CORCOY⁵⁶⁰, LARRAURI⁵⁶¹, MTNEZ. ESCAMILLA⁵⁶², SILVA⁵⁶³,

558 FRISCH, Verhalten, p. 64.

559 PG, p. 189, donde insiste en que la mayoría de los criterios utilizados para la imputación objetiva de resultados, en realidad « no hacen referencia al resultado directamente, sino a cuestiones previas referidas a una interacción social en una situación dada, como son las cuestiones de riesgo o peligro, o bien, del rol de la víctima y que necesariamente implican una consideración global de la situación, estos es, requieren la atención de su significación y sentido valorativo ». Esta idea ha sido desarrollada en sus artículos sobre

TORIO⁵⁶⁴). Aunque la doctrina en lengua alemana también ha ido avanzando en este sentido⁵⁶⁵. En esta evolución de la doctrina alemana marca un hito fundamental la obra de FRISCH⁵⁶⁶, que ha puesto en evidencia de forma detallada que la imputación del resultado se ha ido convirtiendo progresivamente en una « supercategoría » que intenta solucionar como problemas de relación entre acción y resultado o de causalidad de la infracción del deber objetivo de cuidado problemas que, en realidad, no lo son y que han de resolverse antes. En una correcta imputación de riesgos es donde se encuentra la solución de muchos problemas que a veces se tratan en el ámbito de la imputación de resultados. Este autor ha señalado convincentemente como muchas de las denominadas « relaciones » entre conducta y resultado⁵⁶⁷ son construcciones defectuosas que deben su origen en exclusiva a un trazado insuficiente de la desaprobación de la creación de riesgos⁵⁶⁸. Existe el peligro de que un aspecto del tipo, la imputación del resultado, aglutine toda la teoría del tipo.

« Significación social y tipicidad » y « La imputación objetiva » en Estudios XII, en especial pp. 121 ss., donde insiste en que los tipos describen ámbitos situacionales o procesos de comunicación interactiva y no resultados).

⁵⁶⁰ El delito imprudente, pp. 336 s.

⁵⁶¹ ADP 88, pp. 772 s.

⁵⁶² Imputación, pp. 47, 269 ss., 365 ss., en la línea de FRISCH, que ha desarrollado esta crítica en la doctrina alemana.

⁵⁶³ Aproximación, pp. 387 s., muestra su acuerdo en este sentido con FRISCH.

⁵⁶⁴ ADP 86, p. 34: « La imputación objetiva descansa fundamentalmente en la acción peligrosa prohibida causal del ulterior resultado prohibido »; Estudios X, pp. 389, 400: « La teoría de la imputación objetiva está enlazada también con puntos de vista valorativos. Es en el fondo una teoría de la antinormatividad de la acción - en conexión, en su caso, con el resultado -. En tal sentido debería ser identificada con una teoría del ámbito de prohibición de la norma. Esta expresión sugiere que las normas jurídicas no tienen un radio de acción ilimitado, sino un ámbito preciso, que circunscribe su vinculatoriedad. Las acciones que sobrepasan tal radio de acción no pueden entenderse antinormativas ».

⁵⁶⁵ Incluso autores como ROXIN, PG, 24/10 ss.; el mismo, Chengchi Law Review, pp. 229 ss.; TRIFFTERER, Klug-FS, pp. 441 s.; el mismo, PG, pp. 139, 141 s., 300 s.; YAMANAKA, ZStW 102, p. 944, consideran la cuestión del cuidado necesario en el tráfico como un criterio más de « imputación objetiva ». Nuestro T. S. se inclinó hacia esta tesis en la S. T. S. de 11 de febrero de 1987 (Pte. Díaz Palos). En contra, a favor de una clara delimitación entre infracción del deber de cuidado e « imputación objetiva », GIMBERNAT, Estudios, p. 217; LUZON PEÑA, PG, p. 387.

En sentido genérico: LENCKNER, Schönte/Schröder, antes de 13/93; OTTO, Jura 92, p. 91, que intenta resumir para estudiantes la problemática de la imputación objetiva de resultados; WEHRLE, Regressverbot, p. 92; WOLTER, Zurechnung, pp. 31 ss., 60 ss., 330 ss.; el mismo, GA-FS, p. 281.

⁵⁶⁶ Verhalten, pp. 22 s., 31 ss., con más referencias; Tipo, pp. 92 ss. En palabras de FRISCH, « algunas denominadas « relaciones » son construcciones defectuosas que deben en exclusiva su origen a un trazado insuficiente de la conducta típica ».

⁵⁶⁷ Una exposición bastante representativa de los distintos escalones de relación entre conducta y resultado que ha planteado la « doctrina tradicional de la imputación objetiva orientada políticamente » en SCHÜNEMANN, JA 75, pp. 578 s., recogidas por ARROYO, Seguridad en el Trabajo, pp. 188 s. y SILVA, La Ley 84, pp. 1044 s.

⁵⁶⁸ FRISCH, Vorsatz, p. 142; el mismo, Verhalten, pp. 66 s., desarrollando globalmente un tema que no pudo tratar en profundidad en su anterior monografía. De acuerdo, no sólo su discípulo FREUND, Erfolgsdelikt, p. 11 y passim que ha trabajado sobre estas ideas, sino también WOLTER en su recensión a esta monografía.

e) Al identificarse imputación objetiva con imputación del resultado⁵⁶⁹, en la imputación se han mezclado criterio objetivos y subjetivos. En este sentido las críticas del finalismo, sobre todo de STRUENSEE, no carecen de razón. Así, por ejemplo, ROXIN habla de una « imputación objetiva » al tipo subjetivo, dejando clara la equiparación de la « imputación objetiva » con la imputación del resultado⁵⁷⁰. Pero ni ROXIN ni ningún otro autor han explicado porqué se le ha dado el nombre de « imputación objetiva » a algo tan sencillo como la imputación de un resultado típico a una persona.

2. A pesar de lo dicho, no se pueden obviar los méritos de ROXIN como pionero, que ha ofrecido unas pautas de solución a ciertos problemas del tipo que no se pueden desdeñar, aunque precisen una mayor concreción y sistematización. No es casualidad la gran aceptación que han tenido muchas de las propuestas de ROXIN. Y no sólo en la literatura, sino también en la Jurisprudencia, lo que nos da una idea de su gran relevancia para la práctica. Así se ve colmada una de las pretensiones de la « escuela de la política criminal ». En los delitos puros de resultado la Jurisprudencia se ha venido sirviendo tradicionalmente de elementos psicológicos (conocimiento, intención, previsibilidad, etc.) y de la causalidad para resolver casos que no ofrecían grandes dificultades (por ejemplo, asestar repetidas cuchilladas en el abdomen con un cuchillo de grandes dimensiones). Pero en casos más problemáticos ha completado, modificado e, incluso, sustituido estos elementos psicológico y causal con otros criterios objetivos de imputación. El T. S. ha recibido muchas críticas. Pero en muchos casos han sido formales, sin acudir al fondo de las soluciones aportadas por el mismo. A continuación expondré como el T. S., por un medio u otro, con una denominación u otra, ha ido introduciendo ciertos filtros objetivos que deben ser tomados en consideración.

X. La versión jurisprudencial de la « teoría de la imputación objetiva »⁵⁷¹.

1. El T. S. siempre se dio cuenta, de forma intuitiva, de que no toda causación o no evitación de una muerte o unas lesiones era equivalente a « matar » o « lesionar » en el sentido de los tipos correspondientes. Por ello, al igual que en la literatura especializada la « teoría tradicional de la imputación objetiva » sustituye en la literatura a los *topois* de

569 BLOY, *Beteiligungsform*, p. 270.

570 CPC 89, pp. 765 ss.

571 CORCOY, *El delito imprudente*, pp. 429 ss. ha realizado ya un estudio anterior que llega hasta el año 1987.

la « causalidad adecuada » o de la « causalidad relevante » para el tipo, el término « imputación objetiva » cumple para la Jurisprudencia la misma función que los *topos* que tradicionalmente se definían como causalidad moral o espiritual, eficiente, adecuada, jurídica o con relevancia jurídica que servían para limitar lo que el T. S. denomina « relación de causalidad objetiva, material y lógica »⁵⁷². El T. S. siempre ha tenido claro,

572 SS. T. S. de 23 de marzo de 1935, que se refiere a la causa eficiente del autor, frente a la condición cooperadora de la víctima; 27 de febrero de 1953 (Pte. Parera), utilizando la « teoría de la causalidad adecuada »; 24 de junio de 1958 (Pte. Quintano); la causalidad material « por sí sola es insuficiente para acarrear la causalidad jurídica, que ha de revestirse del elemento normativo valorativo de culpabilidad »; 20 de marzo de 1964 (Pte. Quintano); 9 de mayo de 1964 (Pte. Riaño); 27 de enero de 1965 (Pte. Quintano); 25 de enero de 1966 (Pte. Casas), utilizando el *topos* de la « causalidad adecuada » para eximir de responsabilidad penal; 22 de septiembre de 1967 (Pte. Riaño); 20 de octubre de 1967 (Pte. Riaño), en la que se utiliza la « teoría de la causalidad adecuada » para imputar una muerte dolosa; 10 de febrero de 1968 (Pte. Escudero), se refiere al resultado como consecuencia adecuada; 30 de abril de 1968 (Pte. Escudero); 30 de abril de 1968 (Pte. Riaño); 16 de octubre de 1968 (Pte. de Oro); 20 de mayo de 1969 (Pte. Sáez); 9 de junio de 1969 (Pte. Sáez); 6 de octubre de 1969 (Pte. Riaño); 15 de octubre de 1969 (Pte. García Tenorio); 27 de octubre de 1969 (Pte. Escudero); 10 de marzo de 1970 (Pte. Riaño); 30 de junio de 1970 (Pte. Escudero); 4 de noviembre de 1971 (Pte. Escudero); 22 de noviembre de 1971 (Pte. Escudero); 21 de enero de 1972 (Pte. Díaz Palos); 4 de febrero de 1972 (Pte. Escudero); 4 de febrero de 1972 (Pte. Escudero); 22 de mayo de 1972 (Pte. Escudero); 27 de junio de 1972 (Pte. Díaz Palos), con respecto a un delito de aborto con resultado de muerte; 6 de noviembre de 1972 (Pte. Díaz Palos); 5 de febrero de 1973 (Pte. Escudero); 15 de junio de 1973 (Pte. Escudero); 18 de junio de 1973 (Pte. Hijas); 22 de noviembre de 1974 (Pte. Escudero); 17 de diciembre de 1974 (Pte. Vivas); 2 de mayo de 1975 (Pte. Escudero); 15 de marzo de 1976 (Pte. Escudero); 15 de diciembre de 1977 (Pte. Vivas); 21 de diciembre de 1977 (Pte. Hijas); 17 de febrero de 1978 (Pte. Hijas); 10 de noviembre de 1978 (Pte. Hijas); 20 de junio de 1979 (Pte. Vivas); 10 de noviembre de 1979 (Pte. García Miguel); 11 de julio de 1980 (Pte. García Miguel); 2 de octubre de 1980 (Pte. Hijas); 21 de noviembre de 1980 (Pte. Gómez de Liaño); 24 de enero de 1981 (Pte. Gil); 10 de abril de 1981 (Pte. Moyna); 13 de junio de 1981 (Pte. García Miguel); 18 de octubre de 1982 (Pte. Castro); 10 de diciembre de 1982 (Pte. García Miguel); 27 de enero de 1984 (Pte. Latour), habla de « causalidad jurídica » en la que se introducen referencias a la culpabilidad, aunque se tiene en cuenta ciertos aspectos sentados en sentencias anteriores que se habían referido a la « imputación objetiva »; 3 de junio de 1989 (Pte. Carrero); 5 de octubre de 1989 (Pte. Ruiz Vadillo), que considera que la « doctrina de la adecuación » constituye, sin duda, un importante correctivo a la de la pura equivalencia introduciendo así un ingrediente de razonabilidad, en términos jurídicos, al importante problema de la relación causal material entre el hecho y el resultado ».

En la S. T. S. de 24 de abril de 1979 (Pte. Castro), por ejemplo, se resuelve con una argumentación basada en la diferencia entre causa eficiente y condición un problema puramente normativo: ¿ Hasta dónde es relevante el comportamiento de la víctima en el ámbito del tráfico viario ? Como veremos en el Cap. 6º II se trata de una forma de argumentación bastante corriente cuando el T. S. se enfrenta a la problemática de la « concurrencia de culpas ». Me remito a las críticas que plantearé allí a esta forma de ver la imputación del resultado por parte del T. S.

La jurisprudencia italiana también distingue una causalidad mecanicista de una causalidad « en sentido penal » (cfr. CASTALDO, RIDPP 87, p. 894). Y la jurisprudencia alemana ha utilizado también el *topos* de la « causalidad jurídica », especialmente en el ámbito del delito imprudente, al exigir para la tipicidad además de la causalidad mecánica y propia de las ciencias de la naturaleza (BGHSt 11, p. 7, conocida como « caso del ciclista », comentada supra VI.2; 21, pp. 60 s.; 24, p. 34; 33, pp. 63 s.; BGH VRS 15, pp. 39 y 376; 16, pp. 437 s., 442; 18, p. 180; 20, p. 133; 21, pp. 6 y 342; 23, p. 370; 24, p. 206; 26, pp. 204 s.; 25, p. 263; 32, p. 37; 36, p. 36; 37, p. 278; 54, pp. 436 s.; OLG Frankfurt VRS 41, pp. 34, 36; OLG Hamm VRS 10, p. 461; OLG Hamm VRS 25, p. 124; OLG Köln, VRS 29, p. 118). Esta posición del T. S. alemán ha sido criticada por la doctrina alemana: ROXIN, ZStW 74, pp. 421 ss.; RUDOLPHI, JuS 69, p. 553; SAMSON, SK, anexo a 16/26; WESSELS, JZ 67, p. 451. SCHROEDER, LK, 16/188, con más referencias, señala el rechazo general de la doctrina alemana a la resolución de estas cuestiones por el T. S. alemán en sede de la causalidad.

Las principales características de esta doctrina del T. S. son: a) En estos conceptos se introducen valoraciones propias de la tipicidad (o de la culpabilidad para el sistema clásico); b) se tratan sobre todo

por ejemplo, que las referencias jurisprudenciales al término « causalidad jurídica » no suponían afirmar que el Derecho (legislador, juez) dispongan de un concepto propio de causalidad, sino que alcanza relevancia sólo una muy determinada: la relacionada con la desatención del cuidado necesario en el tráfico⁵⁷³. Desde luego, como ha puesto de relieve la doctrina científica⁵⁷⁴, la terminología del T. S. no es dogmáticamente la más apropiada, pero es preciso acudir a su sentido material como criterio de resolución de problemas que, en esencia, no es incorrecto. El T. S. ha hecho caso a las críticas de la doctrina, y aceptando el término « imputación objetiva » ha pretendido dar una solución más acertada a ciertos problemas del tipo, especialmente del imprudente. A partir de los años 80, y de forma muy clara en los años 90, la « teoría de la imputación objetiva » ha sustituido en los considerandos de las sentencias a las « teorías de la causalidad » como una cuestión referente a la imputación a una persona de un hecho penalmente relevante antes de entrar de lleno en un juicio de culpabilidad individualizado. Lo que sucede es que, al igual que sucedía con las « teorías de la causalidad », la « imputación objetiva » ha absorbido todas las consideraciones sobre el tipo en el delito imprudente, sin permitir discernir muy bien el juicio sobre el riesgo típico y el juicio sobre la concreción de dicho riesgo. Por el contrario, en el delito doloso, una vez constatada la conducta típica, se acude a la « imputación objetiva » para imputar o no resultados al dolo del autor. La « teoría de la imputación objetiva » cumple la misma función que anteriormente cumplía el *topos* de la « interrupción del nexo causal » o de « rotura de la relación causal » en virtud de un « accidente extraño »⁵⁷⁵ como excepción al axioma versarista *causa, causae, causa causati* (

dos problemas: la actuación a propio riesgo de la víctima y los supuestos de « conductas alternativas adecuadas a Derecho » (determinación de si el resultado es realización del riesgo no permitido o de un riesgo permitido); c) se confunde la « teoría de la adecuación » (que acepta la equivalencia de todas las condiciones) y la teoría de la « causalidad eficiente » (que diferencia entre causas y condiciones), aunque ello carece de relevancia práctica; d) unas veces el T. S. considera que el criterio de la « causalidad adecuada » y/o de la « causalidad eficiente » se debe tener en cuenta antes del tratamiento de la « causalidad jurídica », mientras que otras trata todos estos « tipos » de causalidad de forma unitaria.

⁵⁷³ En profundidad, sobre la « causalidad jurídica » tal y como es entendida por nuestro T. S., su tratamiento original, su falta de claridad y las contradicciones en las que cae el T. S., GIMBERNAT, Causalidad, pp. 129 s., nota 61. Sobre esta posición del T. S. también CORDOBA, ZStW 81, p. 431.

Sobre este tema en la literatura alemana: FRISCH, Verhalten, pp. 69 ss.; PUPPE, NK, antes de 13/189; WOLTER, GA 77, pp. 262 s.

⁵⁷⁴ GOMEZ BENITEZ, PG, p. 179: « Lo incorrecto de la tesis del TS sobre la causalidad no es tanto su entendimiento de cuándo se interrumpe el nexo causal, sino que a menudo quedan confundidos los planos de la causalidad y la imputación, y se niega la primera con criterios de imputación, o se afirma la primera y con ello queda confirmada también la segunda »; MIR PUIG, PG, p. 243; SILVA, La Ley 84, p. 1042, señala la confusión básica que « se produce entre los criterios de determinación de la relación de causalidad conducta-resultado y los criterios que se superponen a la constatación de la causalidad, estableciendo en base a principios normativos qué conductas son las que en definitiva realizan el tipo objetivo del delito consumado »; el mismo, Estudios penales, p. 680.

⁵⁷⁵ Cfr. RGUEZ. MOURULLO, PG, p. 304. SS. T. S. de 14 de febrero de 1894; 3 de junio de 1897; 1 de abril de 1902; 5 de junio de 1928; 23 de noviembre de 1940; 7 de diciembre de 1940; 15 de octubre de 1945; 6 de octubre de 1960 (Pte. García Gómez); 5 de octubre de 1962 (Pte. Glez. Díaz); 27 de

« el que es causa de la causa es causa del mal causado »⁵⁷⁶). Al asumir las formulaciones doctrinales más modernas, el T. S. demuestra como en realidad el fundamento de los problemas referentes al tipo no se encuentra en negar la relación de causalidad, sino en que esa relación cobre relevancia típica. Las formulaciones más antiguas sobre aportes causales empiezan a ser entendidos por nuestro Tribunal de casación, de forma más moderna, como delimitación de riesgos con respecto a los que existe un deber de planificación de los riesgos con respecto a los que no existe tal deber de planificación o cuidado.

La « interrupción del nexo causal » en virtud de « un accidente extraño » se ha

diciembre de 1962 (Pte. López Ortiz); 17 de marzo de 1964 (Pte. Glez. Díaz); 20 de marzo de 1964 (Pte. Quintano); 12 de mayo de 1964 (Pte. Espinosa); 20 de junio de 1964 (Pte. Quintano); 26 de junio de 1964 (Pte. Glez. Díaz); 25 de enero de 1966 (Pte. Casas); 10 de febrero de 1968 (Pte. Escudero); 27 de febrero de 1968 (Pte. Escudero); 21 de febrero de 1969 (Pte. Escudero); 25 de febrero de 1969 (Pte. Casas); 6 de octubre de 1969 (Pte. Riaño); 15 de octubre de 1969 (Pte. García Tenorio); 27 de octubre de 1969 (Pte. Escudero); 26 de abril de 1971 (Pte. Escudero); 4 de noviembre de 1971 (Pte. de Oro); 22 de noviembre de 1971 (Pte. Escudero); 4 de febrero de 1972 (Pte. de Oro); 22 de mayo de 1972 (Pte. Escudero); 31 de octubre de 1972 (Pte. Escudero); 5 de febrero de 1973 (Pte. Escudero); 12 de junio de 1973 (Pte. Gil); 18 de junio de 1973 (Pte. Hijas); 21 de marzo de 1974 (Pte. Hijas); 17 de diciembre de 1974 (Pte. Vivas); 26 de noviembre de 1975 (Pte. Hijas); 23 de enero de 1976 (Pte. Escudero); 28 de enero de 1976 (Pte. Hijas); 31 de enero de 1976 (Pte. Escudero); 20 de febrero de 1976 (Pte. Díaz Palos); 30 de abril de 1976 (Pte. García Miguel); 16 de junio de 1977 (Pte. Díaz Palos); 5 de mayo de 1978 (Pte. Huerta); 20 de junio de 1978 (Pte. Sáez); 29 de septiembre de 1978 (Pte. Díaz Palos); 10 de noviembre de 1978 (Pte. Hijas); 18 de noviembre de 1978 (Pte. Gómez de Liaño); 15 de diciembre de 1978 (Pte. Cotta); 19 de enero de 1979 (Pte. Gil); 4 de abril de 1979 (Pte. García Miguel); 30 de abril de 1979 (Pte. Gómez de Liaño); 22 de junio de 1979 (Pte. Sáez); 13 de junio de 1980 (Pte. Latour); 11 de julio de 1980 (Pte. García Miguel); 21 de noviembre de 1980 (Pte. Moyna); 21 de noviembre de 1980 (Pte. Gómez de Liaño); 12 de mayo de 1986 (Pte. Montero); 31 de octubre de 1987 (Pte. Vivas); 2 de marzo de 1989 (Pte. Moyna); auto de 22 de marzo de 1990 (Pte. Ruiz Vadillo). El T. S. no deja claro normalmente si se « interrumpe el nexo causal » desde el punto de vista de la « causalidad material » o desde el punto de vista de la « causalidad jurídica » (cfr. GIMBERNAT, Causalidad, pp. 129 s., nota 61), aunque de los considerandos se deduce que normalmente se refiere a la interrupción de la « causalidad jurídica ».

La S. T. S. de 6 de marzo de 1991 (Pte. Díaz Palos) resume la posición del T. S. y las consecuencias prácticas de su doctrina: « Ausente, también en este punto, de un asidero legislativo, la jurisprudencia a través del « accidente extraño », viene a coincidir con el criterio de otros Códigos (el italiano de modo especial) que distinguen entre causas antecedentes, concomitantes o posteriores a la acción delictiva. Tales concausas no afectan al nexo causal salvo las posteriores o sobrevenidas, si tienen, por sí mismas, eficacia para determinar el resultado. Así, factores preexistentes a la acción (como « lesiones orgánicas anteriores de la víctima », « constitución física del herido », « predisposición del paciente » no vienen a interrumpir el nexo causal. Tampoco lo alteran las condiciones concomitantes (« infección de las heridas » como más típica, o la « ausencia de facultativos que puedan auxiliar a la víctima con prontitud »). En cuanto a los cursos causales sobrevenidos, ya sean producidos por la propia víctima o por terceros, el Tribunal Supremo tiende a considerar interrumpido el nexo causal si tales hechos sobrevenidos son intencionales o dolosos, e incluso si se deben a imprudencia del lesionado o de un tercero ».

⁵⁷⁶ SS. T. S. de 3 de junio de 1878; 14 de febrero de 1894; 3 de junio de 1897; 3 de octubre de 1928; 31 de enero de 1934; 13 de marzo de 1934; 13 de mayo de 1944; 22 de noviembre de 1974 (Pte. Castro); 20 de junio de 1979 (Pte. Vivas); 2 de octubre de 1980 (Pte. Hijas). Cfr. CEREZO, PG, p. 301; CORDOBA, Comentarios, pp. 10 s., con abundantes citas jurisprudenciales; MIR PUIG, PG, p. 237, con más referencias; RGUEZ, MOURULLO, PG, p. 303, con más referencias.

El origen ideológico de este axioma no tiene nada que ver con el versarismo. En profundidad, JOERDEN, Strukturen, pp. 16 ss.

venido suscitando, sobre todo, cuando el comportamiento de un tercero o de la víctima facilita la producción de las muertes o lesiones⁵⁷⁷. Piénsese, por ejemplo, en los accidentes automovilísticos donde los efectos lesivos de una conducta típica se ven favorecidos por el comportamiento de otros participantes en el tráfico o por las propias víctimas. El T. S., especialmente cuando se trata de conductas imprudentes, nunca ha dejado claro y ni siquiera ha insinuado si la interrupción en cada supuesto va referida a la imputación del riesgo (infracción del deber de cuidado) o a la imputación del resultado. Bajo esta denominación trata ambos tipos de problemas. Sin embargo, para llegar a soluciones materialmente más satisfactorias, es preciso llevar a cabo tal diferenciación, ya que los comportamientos de terceros o de la víctima puede tener relevancia tanto a la hora de imputar un resultado como típico como, previamente, para imputar un riesgo como típico. Aunque es preciso reconocer que esa no es una tarea que deba emprender la Jurisprudencia en solitario, sino que una clara delimitación entre ambos grupos de problemas debe ser una de las grandes contribuciones actuales de la actividad doctrinal a una mejor interpretación de los tipos puros de resultado.

GIMBERNAT⁵⁷⁸ ya lo puso de manifiesto con respecto a la Jurisprudencia de los años 60, con unas palabras que todavía tienen vigencia: « El TS aplica también la doctrina de la interrupción de la causalidad jurídica a otro grupo de casos que no tiene nada que ver con el que aquí es objeto de estudio: la existencia de causalidad jurídica se niega también cuando el sujeto, a pesar de comportarse prudentemente, ocasiona un resultado dañoso inevitable. [...] En primer lugar, como el comportamiento es prudente, es completamente superfluo que el TS acuda además a otro motivo para fundamentar la absolución, a saber: a la no existencia de la causalidad jurídica. En segundo lugar, existe el riesgo de que la aplicación de la doctrina de la interrupción de la causalidad jurídica a dos grupos de casos completamente distintos - tanto a aquellos en que la conducta es prudente e inevitablemente se produce un resultado dañoso, como a aquellos otros que siendo la conducta imprudente se produce un resultado que no se habría podido evitar tampoco con un comportamiento correcto - lleve a identificar, erróneamente, falta de causalidad jurídica con comportamiento prudente y a negar en los casos que aquí estudiamos la negligencia de la acción ».

⁵⁷⁷ Cfr. RGUEZ. MOURULLO, PG, pp. 304 s.

La « teoría de la interrupción del nexo causal » ya hace tiempo que ha dejado de tener relevancia para la ciencia. Las objeciones planteadas le han restado toda validez a esta posición: a) una relación causal entre una conducta y un resultado existe o no existe, pero nunca se interrumpe; b) se utiliza la causalidad para algo que no tiene nada que ver con ésta, manipulando la realidad, ya que en los casos en los que se acude a este *topos* siempre se da la relación de causalidad; por tanto, el problema se ha de resolver más allá de la causalidad; c) es confusa por carecer de criterios fijos la determinación de cuándo existe una interrupción.

Sobre el T. S. y el denominado « dogma causal », en sentido crítico, BUSTOS, Control, pp. 206 ss.; LUZON PEÑA, Derecho Penal de la Circulación, pp. 21 ss., 28 ss.; SILVA, La Ley 83, p. 1042; el mismo, L-H Fdez. Albor, p. 680.

⁵⁷⁸ Causalidad, p. 130, nota 61.

2. La versión jurisprudencial de la « imputación objetiva », al suplir a la teoría de la « interrupción del nexo causal fruto de un accidente extraño o imprevisible » corre el peligro de heredar todas las críticas que están motivando su abandono por parte de la Jurisprudencia. Creo interesante, pues, detenerme en ciertas críticas que fueron capitaneadas por GIMBERNAT⁵⁷⁹: « En realidad, en las sentencias que hemos mencionado no se trata de una aplicación de la doctrina de la interrupción causal: lo que sucede es que el juez en el caso concreto llega a una decisión puramente intuitiva - y como la intuición es la que decide, la solución será distinta (de ahí las contradicciones jurisprudenciales) según cuál sea la personalidad del juez sentenciador - y después pasa a fundamentar su sentencia con la teoría de la ruptura causal, que por carecer de contornos precisos, puede servir para justificarlo todo. No es preciso explicar porqué la seguridad jurídica tiene que salir tan mal parada de la aplicación de una doctrina así ». Las objeciones eran, pues, ya claras en los años 60: « La teoría de la interrupción del nexo causal, además de operar con criterios confusos y contradictorios, no tiene nada que ver con el problema causal »⁵⁸⁰. El T. S. ha hecho caso a estas críticas doctrinales y ha intentado ponerles remedio mediante la adopción de criterios relacionados con « la teoría de la imputación objetiva ». Así, por ejemplo, la S. T. S. de 27 de enero de 1984⁵⁸¹ señaló como « el problema encuentra caracteres patéticos y desconcertantes en lo que a la llamada interrupción del nexo causal se ha venido denunciando por la doctrina y aun por la jurisprudencia de esta propia Sala, donde los más encontrados y contrapuestos pareceres han hallado su asiento y acomodo más en aras de un denostado esfuerzo por aherrajarse dentro de la dogmática preconcebida de una doctrina o tesis teorizante que por un principio de justicia y acuanimidad, que sólo ha de encontrar su respuesta adecuada en el estudio de cada tipo penal y en el análisis de cada uno de los supuestos sometidos a debate ». Este considerando de la sentencia concluye su argumentación afirmando que es preciso tener en cuenta más factores que la « causalidad material en la producción del resultado ». En definitiva, el propio T. S. ha apreciado como válidas y ha hecho suyas las críticas doctrinales y ha decidido despojarse de la argumentación basada en la causalidad⁵⁸², pasando a resolver los problemas del tipo con base en criterios desarrollados por la « teoría tradicional de la imputación objetiva ».

⁵⁷⁹ Causalidad, p. 93.

⁵⁸⁰ Causalidad, p. 95. SILVA, La Ley 84, p. 1042, resume así « las críticas usualmente vertidas contra la regulación jurisprudencial de los problemas vinculados con la causalidad: incertidumbre, laxitud en la determinación del nexo e interferencia en el tema de otras cuestiones distintas ».

⁵⁸¹ Pte. Latour. Sentencia criticada por SILVA, La Ley 84, *passim* en sus fundamentos materiales.

⁵⁸² S. T. S. de 3 de noviembre de 1992 (Pte. de Vega).

3. Desde la S. T. S. de 20 de mayo de 1981⁵⁸³ la Jurisprudencia desglosa de los « problemas de causalidad » las ponderaciones normativas que permiten no imputar un resultado aunque exista relación o nexo de causalidad. Estas ponderaciones se engloban bajo la denominación de « imputación objetiva de resultados », al igual que lo hace un amplio sector de la doctrina científica. E, igual que este amplio sector científico, opera con criterios confusos y contradictorios, que van más allá de la problemática de la imputación de resultados a una conducta. Era lógico que si el T. S. había asumido como propia en los años 60 la opinión más avanzada de la doctrina, considerando el cuidado necesario en el tráfico como elemento esencial del tipo de injusto imprudente, acabara adoptando ciertos criterios de la « teoría tradicional de la imputación objetiva » que operan como límite *ex post* de dicho cuidado exigido por el ordenamiento en la vida de relación. Sin embargo, la aceptación de estos criterios ha sido más tortuosa que la que recibió la idea de la infracción del deber objetivo de cuidado en los años 60, aunque, como hemos visto, aquéllos supongan una necesidad para completar a ésta. El alcance de la « imputación objetiva » carecía de contornos claros en las primeras sentencias que en la década de los 80 tocaron el tema. En la primera sentencia de 20 de mayo de 1981⁵⁸⁴ que utiliza el término « imputación objetiva » se deja clara la ubicación sistemática de la cuestión: la imputación objetiva de resultados tiene su punto de referencia en el tipo (momento anterior a la culpabilidad) para no imputar resultados aunque se constate la relación o nexo causal. En esta primera sentencia la « imputación objetiva de resultados » se ve definida en cuanto a su función: elemento no recogido de forma expresa en el tipo y a desarrollar por la Jurisprudencia que sirve como corrector de la pura causalidad. Esta sentencia llega a afirmar que la « imputación objetiva », como un elemento del tipo distinto que la causalidad, llega a contemplar el problema del tipo de injusto « desde el punto de vista de la acción ». Hubo que esperar dos años más para encontrar una nueva referencia jurisprudencial a la « imputación objetiva » en la S. T. S. de 5 de abril de 1983⁵⁸⁵. Esta sentencia aumenta el alcance de la concepción que tenía la ciencia doctrinal más avanzada sobre el concepto, extendiendo la « imputación objetiva » a un tipo que no se puede considerar como uno de los denominados de resultado: la omisión del deber de socorro⁵⁸⁶. En esta sentencia se emprende una relación de los criterios propuestos por la

583 Pte. Moyna.

584 Comentada ampliamente por LUZON PEÑA, Derecho Penal de la Circulación, pp. 31 ss. y MAQUEDA, CPC 87, pp. 214 ss.

585 Pte. Rguez. López.

586 Esta sentencia ha sido comentada de forma crítica por HUERTA, La Ley 1983, *passim*, al entender que el T. S. con esta sentencia había desvirtuado el sentido que la doctrina le concedía a la « teoría de la imputación objetiva », lo que podría conducir a una imputación de resultados basada en presunciones.

doctrina y que pueden tener relevancia práctica. Me parece interesante reproducir los aspectos más importantes de la doctrina emanada de esta sentencia: « La concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente constatable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales, y ésta es la base de la teoría de la equivalencia de condiciones. Pero otra cosa distinta es que para el injusto típico se requiera además la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva, es decir que mediante criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo de injusto, se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que un resultado es objetivamente atribuible, imputable a una acción. Como criterios de imputación objetiva del resultado pueden señalarse (como más frecuentes) el de la adecuación, pero también puede existir otros, como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los del incremento o disminución del riesgo, o el fin de protección de la norma; estos últimos discutidos, pero esclarecedores en materia como la de la causalidad, cuya concepción doctrinal sigue en evolución ». A lo largo de los años 80 el alcance del término fue siendo precisado, aunque a falta de contornos claros, el único denominador común de las sentencias que aludían a criterios utilizados por la ciencia dogmática era intentar solucionar problemas encuadrables en el tipo que, debido a su complejidad, no se podían resolver con referencias a la mera causalidad o interrupción de la causalidad y así restringir el alcance de la responsabilidad penal por la causación de un resultado⁵⁸⁷. En estas sentencias o bien no está claro el alcance que nuestro T. S. le otorgaba a la

587 SS. T. S. de 27 de abril de 1984 (Pte. Moyna), identifica la « imputación objetiva » con la « teoría de la causalidad adecuada », restándole validez a su anterior sentencia de 1981; 28 de marzo de 1984 (Pte. Díaz Palos), en un sentido similar a la sentencia anterior; 4 de julio de 1984 (Pte. Moyna) se refiere a la imputación objetiva del resultado en un supuesto problemático en el que el comportamiento de la víctima cobra relevancia para el tipo; 19 de octubre de 1984 (Pte. Moyna), identificando de nuevo la « imputación objetiva » con la « teoría de la causalidad adecuada, eficiente o relevante »; 25 de abril de 1985 (Pte. Soto), teniendo en cuenta la « teoría de la imputación objetiva » sólo como correctivo de la causalidad a la hora de imputar un resultado a una conducta; 1 de octubre de 1985 (Pte. Moyna), en los mismos términos que la de julio del 84; 22 de abril de 1986 (Pte. Soto); 11 de febrero de 1987 (Pte. Díaz Palos), que, de forma brillante, plantea los términos en los que está concebida la « imputación objetiva » por parte del T. S. y demuestra lo cercana que se encuentra a la « teoría de la adecuación » al introducir el deber de cuidado dentro de la problemática de la « imputación objetiva »; 23 de julio de 1987 (Pte. Moner), que versa sobre el riesgo permitido en la utilización de armas de fuego por parte de la Guardia Civil; 17 de noviembre de 1987 (Pte. Moner), identifica « causalidad adecuada » con imputación objetiva del resultado; 16 de mayo de 1988 (Pte. García Ancos) como relación de causalidad entre resultado y riesgo creado; 27 de mayo de 1988 (Pte. Ruiz Vadillo); 30 de mayo de 1988 (Pte. Manzanares), en los mismos términos la anterior de Moyna, al tratar un problema de « concurrencia de culpas »; 3 de junio de 1989 (Pte. Carrero), planteándose la problemática de la influencia de la conducta antijurídica de terceros; 26 de diciembre de 1989 (Pte. Díaz Palos), también en los mismos términos que la anterior de Moyna, al tratar también un problema de « concurrencia de culpas »; 9 de abril de 1990 (Pte. García Pérez); 5 de noviembre de 1990 (Pte. Díaz Palos); 1 de julio de 1991 (Pte. Delgado), incluye en la « imputación objetiva » la cuestión del riesgo permitido y la « previsibilidad objetiva »; 18 de diciembre de 1991 (Pte. Moner): « la doctrina de esta Sala, a partir de la S. 20-5-81, reiterada posteriormente [...], abandona la teoría de la equivalencia de las condiciones o « conditio sine que non », inspirándose en criterios de causación adecuada, causalidad eficiente, típica, relevante ».

expresión « imputación objetiva » o bien no se añade nada a la tradicional « teoría de la causación adecuada ». Sin embargo, estas sentencias muestran un aspecto importante del problema: no se puede plantear una teoría moderna del tipo de injusto sin tener en cuenta ciertos aspectos que ya han cobrado relevancia en nuestra Jurisprudencia, como es el hecho de tener en cuenta el comportamiento de la víctima para delimitar el ámbito de lo típico (materia de desvalor penal).

La « teoría de la imputación objetiva » en el sentido otorgado tradicionalmente por la doctrina como imputación de resultados a una conducta definida previamente como típica y que tiene su principal exponente en ROXIN, ha influido de forma notoria en la actividad jurisprudencial a partir de los años 80 y se ha consolidado en estos años 90. Para esta clara influencia de la que sin duda es posición doctrinal mayoritaria en nuestro país, ha sido crucial la labor como magistrado ponente de BACIGALUPO⁵⁸⁸ como puente entre la teoría y la práctica. Este autor desliga de forma definitiva la teoría de la imputación objetiva de resultados de la idea de la adecuación: « La jurisprudencia reciente de esta Sala viene sosteniendo que el criterio más adecuado para caracterizar la relación que debe existir entre acción y resultado típico es el que proporciona la teoría de la imputación objetiva, que como es sabido, tiene fundamentos y alcances diversos de los que corresponde a la teoría de la causalidad adecuada ». El propio MOYNA, 10 años después de haber protagonizado el primer tratamiento jurisprudencial de la « teoría de la imputación objetiva de resultados » recoge esta evolución del T. S.: « La imputación objetiva utilizó primeramente el criterio de la adecuación, y en sus versiones más avanzadas se inclinó al criterio de la relevancia jurídico-penal que toma en consideración el riesgo creado y el fin de protección de la norma, de suerte que es objetivamente imputable el resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma penal que el sujeto ha vulnerado por una acción creadora de un riesgo o peligro jurídicamente desaprobado ». El T. S. ha asentado como doctrina que en los tipos que exigen la producción de un resultado material, es preciso individualizar siempre un riesgo típico y constatar que el resultado producido supone efectivamente una concreción del riesgo desvalorado por el ordenamiento. Y de los muchos criterios propuestos por la doctrina, es utilizado de forma constante el del « fin de protección de la norma ». Este estadio

⁵⁸⁸ SS. T. S. de 26 de diciembre de 1987; 30 de mayo de 1988; 12 de junio de 1989; 24 de noviembre de 1989; 23 de abril de 1992; 21 de diciembre de 1993, en la que especifica la tarea el papel que la « imputación objetiva » desempeña para el T. S.: « No sólo se debe acreditar que entre la acción y el resultado existe una relación de causalidad en el sentido de las leyes naturales de causalidad, sino que es necesario comprobar además que la realización de la acción, como tal constituye un peligro jurídicamente desaprobado y que el resultado producido es la realización de dicho peligro », añadiendo que « el dolo del delito no puede reemplazar ni a la causalidad ni a la imputación objetiva que la limita ».

doctrinal es relatado también por el propio MOYNA en otra sentencia⁵⁸⁹: « Es conocida la doctrina jurisprudencial que, en la versión que inicia la Sentencia de 20 de mayo 1981 [...] proyecta sobre dos planos distintos el análisis del nexo causal. En el plano que pudiéramos llamar « ontológico » se atiende a la equivalencia de condiciones; y en el plano « normativo » acude a la doctrina de la imputación objetiva, que actúa como correctivo de las teorías naturalistas de la causalidad, tomando en consideración el riesgo creado y el fin de protección de la norma ». Aunque tradicionalmente el fin protector de la norma ha tenido como objeto de referencia el resultado, las recientes sentencias de 20 de febrero de 1993⁵⁹⁰ y 13 de octubre de 1993⁵⁹¹ tienen como objeto de referencia de la norma penal la creación del riesgo⁵⁹². Estos tres aspectos a tener en cuenta en los delitos de resultado (creación del riesgo típico, concreción de dicho riesgo y ámbito de protección de la norma) son utilizados no sólo en el ámbito del delito imprudente, sino también en el ámbito del delito doloso⁵⁹³. Los tres son tenidos en cuenta por el T. S.

589 S. T. S. de 18 de julio de 1994.

590 Pte. Conde-Pumpido.

591 Pte. Moner.

592 20 de febrero de 1993: « la doctrina de esta Sala viene aceptando la llamada imputación objetiva, en virtud de la que deben separarse el plano material y naturalístico de la causalidad y el normativo de la imputación objetiva del resultado a su autor. Se trata de una doctrina ligada al concepto de acción, como « acción típica », en cuanto que para afirmar que se da el tipo objetivo del injusto en los delitos de resultado es necesario comprobar ambos planos, el causal y el normativo, estimando objetivamente imputable el resultado causado por una conducta sólo cuando la acción ha creado un peligro jurídicamente desprobado que ha dado lugar al resultado típico »; 13 de octubre de 1993: « La acción, además, fue causal del resultado producido, y éste es objetivamente imputable a la procesada recurrente, puesto que su conducta creó un riesgo en el ámbito de protección de la norma penal que protege la vida humana, siendo la muerte acaecida la realización de este riesgo. La acción de la procesada constituyó, pues, un peligro jurídicamente desaprobado para la vida de la víctima y el resultado de muerte producido, ha sido, sin llegar a duda, la concreción de dicho peligro ».

593 Sobre la concepción más reciente del T. S.: SS. T. S. de 12 de marzo de 1990 (Pte. Puerta): « en el tema de la causalidad, la jurisprudencia, siguiendo las huellas del progreso científico, distingue el juicio de imputación objetiva que reconoce la existencia de una acción típicamente antijurídica y el juicio de imputación subjetiva, de tal modo y manera que es imprescindible una relevancia jurídico penal del nexo causal, delimitada desde la perspectiva de la tipicidad, es decir, conforme al sentido de la descripción de la figura en la ley, superando de esta manera la simple causalidad material, impropia de las notas que caracterizan al derecho penal »; 12 de junio de 1990 (Pte. Manzanares), que se ocupa primordialmente de utilizar como criterio de imputación el del « comportamiento alternativo adecuado a Derecho »; 18 de febrero de 1991 (Pte. García Pérez); 28 de febrero de 1992 (Pte. Ruiz Vadillo): « La jurisprudencia reciente de esta Sala separa en distintos planos la relación causal y la imputación objetiva, acudiendo a la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la llamada causalidad natural para determinar la primera, y haciendo de la imputación objetiva del resultado una categoría independiente, de carácter normativo e inscrita en el ámbito de la tipicidad que selecciona como criterio orientador el de la relevancia jurídico-penal, y toma en consideración el riesgo creado y el fin de protección de la norma »; 8 de abril de 1992 (Pte. Montero): « La más reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, acogiendo esencialmente los más autorizados criterios de la doctrina científica distingue entre relación de causalidad e imputación objetiva del resultado, partiendo para la fijación de la primera básicamente de la denominada doctrinalmente teoría de la equivalencia de las condiciones y haciendo de la imputación objetiva del resultado una categoría independiente del carácter normativo e inscrita en el área o ámbito de la tipicidad, tomando en cuenta el dato de la relevancia jurídico-penal y tomando en cuenta el riesgo creado y el fin de protección de la norma »; 3 de noviembre de 1992 (Pte. de Vega): « Hay que distinguir claramente la relación de causalidad (o

como correctivo de la causalidad. La principal objeción que hay que hacerle a la doctrina emanada del T. S. es que en muchos casos el recurso a la « imputación objetiva » no se trata más que de un cambio de etiquetas para resolver los problemas de la misma forma intuitiva de siempre. Exceptuando algunas sentencias, se puede decir que el término « imputación objetiva » ha entrado a formar parte del vocabulario de nuestros jueces y magistrados, pero el espíritu material que le ha otorgado la doctrina no informa todavía la consecución de soluciones más correctas. En muchos casos la « imputación objetiva » no es más que el perro de siempre con distinto collar: « La exigencia de que el resultado sea la consecuencia natural, lógica, del comportamiento del agente, sin interferencia de accidentes extraños, por intervención de terceros en el curso causal, por la malevolencia del propio perjudicado o errores notorios de tratamiento de la lesión »⁵⁹⁴. En este mismo

teoría de la equivalencia) de la teoría de la imputación objetiva del resultado. La teoría de la equivalencia de condiciones o « *conditio sine qua non* » ha sido abandonada por la doctrina de la Sala Segunda. Tal teoría no puede ofrecer muchas veces la certeza exigible en el terreno científico. La imputación objetiva [...] tiene presente el riesgo creado y el fin protector que busca la norma »; 4 de noviembre de 1992 (Pte. Moyna): « La causalidad es un nexo que ha de concurrir entre la acción y el resultado para que éste pueda imputarse al autor como hecho propio, y exige -en un primer plano- que la acción se halle entre las condiciones del resultado con sujeción a criterios derivados de las leyes naturales o de la experiencia, pero necesita, además, una relación específica que permita imputarle objetivamente al sujeto, correctora del ámbito de la causalidad natural que viene regida -insatisfactoriamente- por la doctrina de la equivalencia de condiciones. La imputación objetiva utilizó primeramente el criterio de adecuación, y en sus versiones más avanzadas (vid. Sentencia de esta Sala de 25-1-1991 [RJ 1991, 351] se inclinó al criterio de la relevancia jurídico-penal que toma en consideración el riesgo creado y el fin de protección de la norma, de suerte que es objetivamente imputable el resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma penal que el sujeto ha vulnerado por una acción creadora de un riesgo o peligro jurídicamente desprobado »; 29 de enero de 1993 (Pte. Díaz Palos); 4 de febrero de 1993 (Pte. Conde-Pumpido); 6 de abril de 1993 (Pte. Moner): « En la antigua jurisprudencia de esta Sala, y sobre el tema de la relación causal que suscita el motivo, fue teoría predominante la de la equivalencia de las condiciones, pasando después a adoptarse el criterio de causalidad adecuada. No obstante, algunas resoluciones ya introdujeron matices diferenciales en el nexo causal, cuando pretendían para restringir el ámbito de la teoría de la condición una selección entre las posibles causas con el fin de establecer la eficiente, principal o adecuada, o la más relevante »; 7 de julio de 1993 (Pte. Moyna); 26 de abril de 1994 (Pte. Granados): « Las SS. 20-5-1981 y 5-4-1983 ya separaban en distintos planos la relación causal y la llamada imputación objetiva, que mantenía la adecuación como uno de los criterios de imputación objetiva, no el único, refiriéndose a la relevancia, a la realización del mismo peligro creado por la acción, al incremento o disminución del riesgo, o el fin de protección de la norma, todos ellos con el fin de acotar objetivamente el ámbito de la responsabilidad del agente, antes de actuar los criterios inherentes al juicio de culpabilidad que en principio se utilizaron exclusivamente para restringir el campo de la teoría de la condición. La causalidad es el nexo causal que ha de concurrir entre acción y resultado para que éste pueda imputar al autor como hecho propio y exige la comprobación de que el resultado típico es producto de la acción pero exige además una relación específica que permita imputarle objetivamente al sujeto. La afirmación, pues, de que una acción ha causado un resultado, no es más que un presupuesto, a partir del cual hay que precisar si esa causación del resultado es objetivamente imputable a la acción causal del sujeto. El juicio de imputación objetiva exige, pues, dos elementos: la existencia de relación de causalidad natural entre acción y resultado y que el resultado sea expresión del riesgo creado y el fin de protección de la norma, de suerte que es objetivamente imputable un resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma penal que el autor ha vulnerado mediante una acción creadora de riesgo o peligro jurídicamente desaprobadado »; 21 de diciembre de 1993 (Pte. Díaz Palos), utiliza los criterios del riesgo típico y el fin de protección de la norma para el delito doloso de homicidio; 6 de junio de 1994 (Pte. Conde-Pumpido) en el mismo sentido que la anterior; 23 de mayo de 1995 (Pte. Gimeno); 23 de mayo de 1996 (Pte. de Vega).

⁵⁹⁴ S. T. S. de 18 de diciembre de 1991 (Pte. Moner). En el mismo sentido, SS. T. S. de 31 de

sentido ya ha señalado CORCOY⁵⁹⁵ que « otro de los peligros, que es necesario señalar a este respecto, en la doctrina jurisprudencial, es el uso del término « imputación objetiva », de modo meramente formal, como un « adorno de modernidad » que no tiene ninguna eficacia en la imputación del resultado, que se seguirá realizando en el plano de la causalidad ». Además, al igual que GIMBERNAT le reprochaba a las viejas « teorías de la causalidad », la seguridad jurídica se ve afectada porque el T. S. no ha indicado todavía porqué un riesgo o un resultado pertenecen al ámbito de protección de la norma penal.

XI. Las « nuevas teorías de la imputación objetiva »: la reformulación de JAKOBS y FRISCH

1. JAKOBS y FRISCH han iniciado un avance con respecto a las tesis tradicionales de la imputación objetiva de un resultado a una conducta. Ambos han extendido la objetivización del tipo más allá de la imputación de resultados y han desarrollado también una normativización de la imputación de conductas, todavía demasiado influenciada en la « teoría tradicional de la imputación objetiva » por el psicologismo finalista. El propósito de ambos autores es absorber los avances asistemáticos de la « teoría de la imputación objetiva » en sentido más tradicional y otorgarle de nuevo a la teoría del tipo una coherencia sistemática que brilla por su ausencia en la literatura más moderna. Sin embargo, ambos parten desde puntos distintos, aunque lleguen a unas conclusiones prácticas muy similares.

2. JAKOBS ha añadido interesantes puntos de vista a la discusión después de la construcción de ROXIN, asentando, en lo que aquí nos interesa, la « teoría de la imputación objetiva »⁵⁹⁶, aunque con matices bastante diferenciados:

octubre de 1987 (Pte. Vivas); 17 de noviembre de 1987 (Pte. Moner); 27 de mayo de 1988 (Pte. Ruiz Vadillo); 6 de marzo de 1991 (Pte. Díaz Palos).

Es llamativa la siguiente afirmación de las S. T. S. de 5 de julio de 1989 (Pte. Ruiz Vadillo) y 1 de diciembre de 1989 (Pte. Moner Muñoz): « Hay que decir que en los delitos culposos la presunción de inocencia es de excepcional aplicación en tanto que en los mismos la imputación objetiva de los hechos no suele estar en entredicho, sino que más bien lo que se pone en cuestión y controversia es precisamente la imputación subjetiva ».

⁵⁹⁵ El delito imprudente, p. 433.

⁵⁹⁶ Vid. sus consideraciones sobre el tipo objetivo en el Cap. 7º de su manual y su pequeña monografía en castellano sobre la imputación objetiva. En Sociedad, pp. 50 s. y Tun und Unterlassen, pp. 26 s., pretende ofertar una fundamentación funcional de la « imputación objetiva » como parte de la teoría jurídica del delito.

En lengua española, la visión de JAKOBS ha sido defendida por REYES (ADP 92 e Imputación). Su doctrina ha sido desarrollada por sus discípulos DERKSEN, GÖBBEL, HÜWELS, LESCH y VEHLING sobre distintos aspectos de la teoría del tipo: comportamientos de la víctima, consentimiento, participación, posiciones de garantía, tentativa, etc.

a) En primer lugar, su construcción del tema de la relación entre resultado lesivo e imprudencia tiene una estrecha relación con su sistema, que no ha tenido una gran aceptación en la literatura especializada. Al igual que la « escuela de la política criminal », JAKOBS ha intentado explicar el Derecho positivo desde una perspectiva funcional y teleológica. Su diferencia reside en que su sistema se orienta de acuerdo a una concreta función de la pena: la prevención general positiva. Desde luego que este principio general no puede resolver los problemas del tipo, pero toda su teoría de la imputación y cada una de sus partes, tienen este principio orientador como columna vertebral. La posición de JAKOBS nos demuestra que cuestiones generales referidas a la construcción de un sistema o a la explicación del Derecho positivo configuran definitivamente cada una de las partes de la teoría jurídica del delito. La teoría de la prevención general positiva puede convencer o no como base de un sistema, pero ya no se le pueden hacer a JAKOBS las críticas que se expusieron anteriormente contra ROXIN relacionadas con la indefinición e inconcreción de su sistema. El orientar el papel del Derecho penal en una sociedad moderna de acuerdo con la función de su consecuencia jurídica (la pena) es, en principio, menos cuestionable que el recurso a la política criminal. Las críticas a JAKOBS, por tanto, deben partir de una demostración de la falta de legitimidad de la prevención general positiva como teoría de la pena. Pero este es un aspecto sobre el que no nos podemos detener en este momento de exposición histórica y que será objeto de estudio en el siguiente capítulo.

b) El dolo y la imprudencia se diferencian sólo en su aspecto subjetivo: conocer o poder conocer el tipo objetivo⁵⁹⁷. Por ello, en la línea de FRISCH y de ROXIN, la « imputación objetiva » cobra una gran riqueza, tanto en el delito doloso como en el delito imprudente. Se trata de una teoría de todo el tipo objetivo. Y éste es, desde luego, mucho más que una mera relación de causalidad. Desde una posición inicial, en sus *STUDIEN ZUM FAHRLÄSSIGEN ERFOLGSDELIKT*, influenciada en gran medida por su maestro WELZEL, en la que la evitabilidad individual desempeñaba un importante papel como elemento del tipo, JAKOBS ha ido objetivando cada vez más su visión de la teoría jurídica del delito, llegando a conclusiones cruciales para la teoría del tipo objetivo, que ni el mismo ROXIN ha llegado a defender. Sólo JAKOBS y FRISCH, aunque en menor medida⁵⁹⁸, han delimitado de una forma tan radical la « imputación objetiva » de la

597 No es casualidad que en el manual el Cap. 8º (aspecto subjetivo del delito doloso) y Cap. 9º (aspecto subjetivo del delito imprudente) se traten después del Cap. 7º en el que se desarrolla una teoría, común a todas las modalidades delictivas, de la « imputación objetiva ».

598 Sobre las diferencias entre ambos autores, JAKOBS, PG, 7/nota 2 a. JAKOBS, al igual que

subjetiva. La determinación del grado de objetivación de la imputación ha pasado a ser uno de los grandes temas de discusión contemporáneos. Ya lo hemos visto a través de la discusión que capitaliza esta determinación: la importancia de los « conocimientos especiales ». Aunque JAKOBS ha ofertado grandes cosas en este sentido, todavía no ha ofrecido una solución definitiva a esta crítica del finalismo. A diferencia de ROXIN, que en este caso tenía que ceder a una cierta subjetivación, JAKOBS llega a un grado de objetivación del tipo que no acaba de convencer en « casos límite ».

JAKOBS ha objetivizado, al igual que lo había hecho anteriormente FRISCH, el problema de los conocimientos especiales⁵⁹⁹. JAKOBS, para ilustrar su posición, ha propuesto un ejemplo que según su opinión no cumple el tipo de lesiones u homicidio, sino de omisión del deber de socorro: un estudiante de biología que trabaja en sus horas libres como camarero descubre, gracias a sus estudios no propios del oficio de camarero, que en la ensalada exótica que va a servir hay una fruta venenosa, pero a pesar de ello la sirve⁶⁰⁰. El planteamiento inicial fue correcto: hay unos conocimientos penalmente relevantes y otros que no lo son, siendo indiferente si se trata de conocimientos especiales o normales. Pero no convence su propuesta para seleccionar objetivamente dichos conocimientos. El criterio objetivo no puede ser un concepto sociológico -el rol social- (si no se quebranta el rol en el que uno se mueve, no se realiza un tipo penal) sino un criterio recogido de forma expresa o tácita por una norma penal⁶⁰¹. De lo contrario, sería bastante complicada la delimitación de roles, más allá de los criterios que nos ofrece el tipo (¿ Existe el rol de vecino, el de comprador de zapatos, el de taxista, el de deudor, el de alumno de quinta convocatoria, el de cantante de ópera frente al cantante de rock ?). Además, el juez penal no enjuicia si

ROXIN, considera el resultado como elemento del tipo, mientras que FRISCH, considera que el tipo de injusto es el ámbito de la norma de conducta, considerando, por tanto, el resultado como elemento de la norma de sanción (condición de punibilidad). En profundidad, infra Cap. 2º XII.4.

⁵⁹⁹ LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/93, ha asumido, por ejemplo, de acuerdo con la posición de JAKOBS, que criterios objetivos como la delimitación de ámbitos de responsabilidad limitan que todo conocimiento alcance el carácter de típico. Así, por ejemplo, si un estudiante de ingeniería trabaja en sus vacaciones de peón albañil, y se da cuenta de que los cálculos realizados por los encargados de los materiales no son correctos, no realiza un tipo de homicidio o lesiones si desempeña su trabajo con ese material, a pesar de que sus especiales conocimientos como estudiante de ingeniería le indican que la mezcla de hormigón no es resistente. Los cálculos sobre la mezcla no son incumbencia del estudiante, sino del encargado correspondiente. El estudiante sólo tendría para estos autores una relación casual con ese defecto de construcción., por lo que respondería penalmente con base en los arts. 195 ó 450 C. P. Completamente de acuerdo con JAKOBS, REYES, Imputación, pp. 132 s.

PUPPE, NK, antes de 13/145, admite, al igual que se hace en este trabajo, como correcta la solución de JAKOBS en supuestos de clara delimitación de ámbitos de responsabilidad, pero no en general. Anteriormente a JAKOBS, FRISCH, Vorsatz, pp. 128 ss., había llevado a cabo una contribución esencial. En España, PAREDES, Riesgo permitido, pp. 257 ss., en especial, p. 263, nota 29, se ha encargado de criticar estas tesis de JAKOBS. En Alemania, SCHÜNEMANN, Chengchi Law Review, pp. 294 s., muestra también una posición contraria.

⁶⁰⁰ Armin Kaufmann-GS, p. 273; PG, 7/50; Imputación, p. 137.

⁶⁰¹ De acuerdo en la crítica, PUPPE, NK, antes de 13/145. PAREDES, Riesgo permitido, p. 263, nota 29: « La idea de una separación absoluta de roles parece [...] excesivamente formalista, y ajena a la realidad del funcionamiento social ».

alguien ha cumplido un determinado rol, sino si ha matado o ha lesionado. Por ejemplo, el no comportarse conforme al rol social de arrendatario sólo es relevante para el Derecho civil. La relevancia comunicativa de un conocimiento, utilizando palabras de JAKOBS, pasa primero por la fundamentación de la relevancia comunicativa de una conducta (hecho típico como objeto del conocimiento actual o potencial). Los tipos desaprueban modalidades de conductas o contactos sociales que no pueden emprender los ciudadanos. Por ejemplo, servir un plato de comida envenenada no está permitido para nadie, ni aunque sea camarero. El objeto de imputación y de valoración no es un rol sino un ciudadano que desempeña un rol con ciertos límites en su libertad de actuación (límites determinados, por ejemplo, en las leyes penales). En este caso la modalidad de conducta emprendida por el camarero ya no se puede explicar como un riesgo general de la vida que el cliente debe soportar. El camarero está contribuyendo a elevar el resto de riesgo propio del contacto entre personas. Lo que se enjuicia no es si ese ciudadano ha cumplido su rol de camarero (lo cual sería decisivo para el Derecho laboral o el Derecho civil), sino si ha matado o ha lesionado de forma típica. En mi opinión, JAKOBS se confunde al limitar la responsabilidad teniendo en cuenta como filtro roles muy especiales. En el marco del Derecho penal no nos interesa la infracción de roles especiales (camarero), sino la infracción del rol general de ciudadano. Sólo son conocimientos especiales (penalmente no relevantes) los conocimientos que no van referidos al hecho típico. El mismo JAKOBS se contradice con algunos ejemplos: afirma que aunque al rol de padre no le corresponden conocimientos sobre el estado del coche del vecino, no puede dejar viajar a su hijo menor de edad en el automóvil del vecino si sabe que éste no reúne unos requisitos mínimos de seguridad⁶⁰². O una madre que trabaja como médico no debe activar únicamente los conocimientos correspondientes a una madre normal si su hijo enferma⁶⁰³. En otro ejemplo que nos propone JAKOBS, nadie dudaría en estar de acuerdo con él y afirmar que en ese supuesto no se realiza un tipo de lesiones o de homicidio⁶⁰⁴: un ingeniero que se interesa por un coche de segunda mano descubre, durante una conducción de prueba, en virtud de sus especiales conocimientos técnicos que los frenos del coche están a punto de fallar. Para el autor alemán el ingeniero realiza el tipo de homicidio si continúa conduciendo y atropella a un peatón, pero no si devuelve el coche sin decir nada sobre los frenos a su dueño y éste tiene un accidente debido al estado de los frenos. En este caso todos estamos de acuerdo en que todo conductor que conduce un coche que no se encuentra en condiciones emprende una conducta desaprobada por el Derecho penal (a no ser que el conductor no tenga ninguna posibilidad de conocer el defecto). Todos organizamos nuestra vida confiando en que los automóviles que circulan por calles y carreteras cumplen unos requisitos mínimos de seguridad. Pero nadie tiene el deber garantizado penalmente más allá de la omisión del deber de socorro de avisarle a otro que conduce un coche que se encuentra en mal estado, a no ser que tenga un deber específico (por ejemplo, el fabricante del coche se da cuenta de que existe una partida a la que le fallan los frenos seis meses después

602 -----
Armin Kaufmann-GS, p. 287.

603 PG, 15/15.

604 Armin Kaufmann-GS, p. 286; PG, 7/50; Imputación, p. 136.

de su comercialización). Ni el ser ingeniero ni el hecho casual de haber conducido previamente el automóvil obligan más allá de los deberes generales de solidaridad garantizados en el Código penal con penas bastante leves (arts. 195, 450). La modalidad de conducta no difiere valorativamente de la de un peatón que a pesar de observar como un coche que circula por delante de él va perdiendo el líquido de frenos no avisa al conductor. En ninguno de estos dos casos el ingeniero o el peatón conocen un hecho subsumible objetivamente en el tipo de lesiones u homicidio. Coincido con JAKOBS en los supuestos de creaciones especiales de riesgos (tráfico viario, explotaciones industriales, etc.) y en supuestos de deberes especiales (relaciones paterno-filiales, funcionarios, etc.)⁶⁰⁵. Es decir, en aquellos supuestos en los que se admite en general una posición de garante. El único punto de desacuerdo estaría en aquellos supuestos que se desarrollan en ámbitos que carecen de un orden primario de regulación y en los que no existiendo una posición de garante previa la conducta que en general es socialmente adecuada en un determinado contexto ya no se puede entender objetivamente como tal (es más peligrosa de lo normal). JAKOBS tiene razón al partir de dos principio que nadie cuestiona: a) sólo en los primeros supuestos existe un deber de control de riesgos, no así en estos últimos supuestos de riesgos generales de la vida y b) nadie tiene que contar con que un camarero tenga conocimientos de biología. Pero que alguien no tenga dicho deber de control, como en el supuesto comentado del estudiante de biología que trabaja en sus horas libres como camarero, no significa que tenga una autorización para crear riesgos que ya no se corresponden con el resto de riesgo tolerado en la vida social. El camarero que no se da cuenta de que lleva una fruta envenenada no desatiende ningún deber, porque no tiene el deber de atender a la composición de los alimentos que sirve. Pero desde el momento que se da cuenta que está sirviendo comida envenenada su conducta adquiere un sentido delictivo. Es verdad que en estos casos tenemos « un conocimiento sin deber de conocer »⁶⁰⁶, pero debido a ese conocer existe el deber de evitar algo o la prohibición de realizar algo. Ello es evidente si tenemos en cuenta una variante propuesta por el propio JAKOBS: para este autor la conducta sería típica si, el camarero, en vez de servirle el plato envenenado a la persona a la que se lo iba entregar, elige otra⁶⁰⁷. Es absurdo considerar que el Derecho penal protege a todas las personas de que le sirvan un plato envenenado, menos a aquella a la que el camarero le iba a servir antes de darse cuenta de lo que lleva entre manos. Si la conducta del camarero es atípica porque no reúne los requisitos objetivos de los tipos de homicidio o lesiones, lo será en relación a toda persona a la que le pueda servir un plato envenenado. Lo decisivo, en definitiva, es que los sujetos no configuran desde su punto de vista lo que ha de ser desvalorado, sino que la norma penal decide qué capacidades y conocimientos individuales adquieren relevancia social en un determinado contexto. Las diferencias con la posición de JAKOBS son mínimas y afectarían solamente a « casos límite » como el ya citado del camarero. Pero una cosa es evidente: el rol social no puede servir de tapadera. Todo ciudadano tiene prohibido darle comida envenenada a otro. Eso es matar a otro en el sentido

605 Imputación, pp. 138 ss.

606 JAKOBS, Imputación, p. 138.

607 Imputación, p. 140.

del art. 138, y el rol social no genera sin más filtros objetivos relevantes para el tipo. Además habría que añadir otra objeción formal a la solución que JAKOBS le da a su ejemplo: si el camarero no mata es dudoso afirmar que el autor directo del hecho es el que envenenó la comida, ya que necesitamos el comportamiento posterior del camarero para explicar el resultado de muerte. Y al existir un pleno conocimiento del camarero no es posible acudir a la figura de la autoría mediata. En definitiva, lo decisivo para la existencia del tipo es la creación dolosa de un riesgo no permitido que se realiza en un resultado. El rol social no añade nada a los tradicionales requisitos de la « teoría de la imputación objetiva ».

Si se conocen o se deben conocer los datos fácticos que hacen adquirir a la conducta el significado de típica es indiferente si eso podría ser conocido por la mayoría de la población o se dispone de unos conocimientos estadísticamente muy limitados o escasos en general o en el ámbito o rol en el que el autor está realizando su comportamiento. Asimismo, es indiferente si los conocimientos que se deben utilizar provienen de otro rol social (el médico no tiene en cuenta un dato de su contacto como familiar, el propietario de un vehículo detecta un fallo en el sistema de frenado de su vehículo mientras recoge, como padre, una pelota que su hijo ha enviado debajo del mismo) o hayan sido adquiridos por pura casualidad⁶⁰⁸.

c) A pesar de lo dicho, JAKOBS ha desarrollado una serie de ideas interesantes para determinar el tipo objetivo. La idea de la « imputación objetiva » como el quebrantamiento de un rol es una idea rectora que ha ido adquiriendo gradualmente mayor concreción por medio de una serie de institutos. A diferencia de ROXIN, no ha buscado casos concretos a los que aplicar soluciones *ad hoc*, sino que ha buscado soluciones a problemas generales. Es lógico que partiendo de un punto de vista distinto al de ROXIN siguiera un camino distinto e, incluso, recogiera una tradición doctrinal distinta a la de la teoría civil de la « imputación objetiva », la « teoría de la adecuación » y la « teoría de la relevancia ». No es posible desarrollar aquí la complejidad de las ideas de JAKOBS, por ello señalaremos solamente aquellos hitos en su evolución que pueden ser más interesantes para una construcción posterior del tema que nos ocupa: la relación entre los elementos típicos resultado lesivo e imprudencia (infracción del deber de cuidado). Para JAKOBS la desautorización de la norma penal sólo se ve completada en estos tipos cuando aparece el resultado. Pero no vale cualquier resultado, sino que éste debe poder explicarse a partir de la conducta defectuosa del autor. Su idea inicial del « peligro-modelo » no es muy diferente a la de la idea de la adecuación: el resultado debe poder

⁶⁰⁸ -----
ENGISCH, Untersuchungen, p. 56; PAREDES, Riesgo permitido, pp. 262 s.; PUPPE, NK, antes de 13/145.

explicarse de acuerdo con leyes científicas o empíricas a partir de ese « peligro-modelo »⁶⁰⁹. Si el resultado no se explica a partir de ese riesgo desaprobado por la norma penal, sino de un riesgo general de la vida o un riesgo permitido, no se podrá imputar el resultado. Si el autor se comporta de forma inadecuada, pero el riesgo no permitido creado por él no es el que nos permite explicar el resultado, no habrá un delito consumado. Si se comprueba la consumación, el problema de la delimitación entre dolo e imprudencia es un problema posterior⁶¹⁰. Poco a poco el aspecto objetivo del tipo ha cobrado mayor relevancia en la obra de JAKOBS. Éste ha resaltado los dos grandes problemas que encierra el tipo objetivo⁶¹¹: a) la definición de un comportamiento como socialmente adecuado de acuerdo a un esquema objetivo de interpretación y b) el problema de la realización del riesgo en caso de concurrencia de riesgos, como un problema privativo de los delitos de resultado. Por tanto, en todos los delitos se da la primera problemática pero no la segunda. En principio,⁶¹² JAKOBS se preocupó del instituto del riesgo permitido y del principio de confianza, como tradicionales límites objetivos del tipo, al menos del imprudente. Para fundamentar la existencia de estos filtros normativos acudió a la primera formulación de la « teoría de la adecuación social » de WELZEL⁶¹³ en los STUDIEN ZUM SYSTEM DES STRAFRECHTS⁶¹⁴, que supuso

609 JAKOBS, Studien, pp. 92 ss.

610 JAKOBS, Studien, pp. 104 ss.

611 PG, 7/4b. En una línea similar la monografía de FRISCH, Verhalten, passim, que delimita ambos problemas como determinación de la conducta típica e imputación del resultado. La diferencia, como ya he señalado, es que, para FRISCH, el resultado no pertenece al tipo, mientras que para JAKOBS es un elemento objetivo de la acción.

612 Suplemento a ZStW 74, pp. 12 ss.

613 PG, 2/23; LESCH, Beihilfe, pp. 149 ss.

614 Abhandlungen, pp. 140 ss., 176 s. Sobre el antecedente filosófico de esta concepción, en contraposición a la filosofía de los valores del neokantismo, pp. 102 ss. Vid. también, pp. 228 ss. Cfr. LOOS, Welzel, pp. 502 s.

Esta concepción de WELZEL no fue algo que surgió de la noche a la mañana, sino que supuso un último escalón de las críticas contra la concepción imperante de bien jurídico (del tipo) que desde el neohegelianismo (H. MAYER, Strafrecht des Deutschen Volkes, pp. 95 ss., 163 ss., 194 ss., posteriormente GA 84, passim y PG, pp. 53 ss.) y como consecuencia de la ideología nazi de la escuela de Kiel se fueron sedimentando a lo largo de la década de los treinta y que WELZEL mejoró de forma definitiva en este artículo (cfr. AMELUNG, Rechtsgüterschutz, pp. 255 s.; POLAINO, Bien jurídico, p. 170). En la excelente monografía sobre el bien jurídico de AMELUNG se exponen en pp. 38 ss. el origen (principalmente a partir de la doctrina de BIRNBAUM) y evolución de lo que era la concepción mayoritaria a principios de siglo y en pp. 159 ss., 228 ss. este movimiento crítico que tuvo especial fuerza en la década de los 30. La problemática de la « teoría de la imputación objetiva » como reformulación de la teoría del tipo entronca directamente con la concepción de WELZEL porque la concepción de los otros autores que criticaron la doctrina del contenido material del delito como simple lesión o puesta en peligro de un bien jurídico entendían éste como mera voluntad contraria a un deber. WELZEL se distanció de sus formulaciones originales sobre la tipicidad absolutamente modernas lastrado por su progresivo ontologicismo. En palabras de GIMBERNAT, ADP 63, p. 197, « en WELZEL la teoría de la adecuación social, al principio tan decisiva en su ideología, ha ido perdiendo importancia con el transcurso de los años. HIRSCH -discípulo de WELZEL- viene ahora a darla el golpe de gracia ».

La complementación más interesante e intensa de la « teoría funcional de bien jurídico » de WELZEL

la primera construcción de un tipo con un contenido valorativo más rico que la pura causalidad.

WELZEL consiguió desnudar una complejidad y una significación implícitas en los diversos tipos de la parte especial que no sólo le fueron vedadas al causalismo naturalista sino a las versiones mejoradas y más valorativas de influencia neokantiana que fundamentaban el tipo en la lesión de un bien jurídico. WELZEL sentó unos cimientos irrenunciables para construir una teoría del tipo que pueda introducir en su seno fenómenos como el del riesgo permitido, el principio de confianza o la delimitación social de ámbitos de responsabilidad⁶¹⁵. Según WELZEL las conductas integradas en el funcionamiento y valores de una sociedad no pueden ser desvaloradas por el Derecho penal aunque conduzcan a resultados lesivos o puedan subsumirse formalmente en algunos tipos de la parte especial. La concepción de este autor supone una concepción dinámica de la sociedad y no una concepción estática que simplemente pretende mantener un estado de cosas ya conseguido. La adecuación social no puede solucionar problemas

ha sido llevada a cabo por dos discípulos de ROXIN: AMELUNG, Rechtsgüterschutz, pp. 330 ss.; RUDOLPHI, Honig-FS, pp. 162 ss., con su teoría del bien jurídico como « unidad de función », coincidiendo con las tesis de AMELUNG (lo reconoce expresamente en p. 162) aunque sin influir esta concepción del bien jurídico en su comprensión de la « imputación objetiva ». OTTO, Schröder-GS, p. 55, con más referencias de su propia obra, se muestra de acuerdo con estos autores.

⁶¹⁵ Recientemente CANCIO, en su estudio histórico en ADP 94, passim (especialmente, pp. 728 s.), REYES, ADP 92, pp. 941, 946 s. e Imputación, pp. 85 ss. y ROLDAN, Adecuación social, pp. 23 ss. y passim, han vuelto a colocar en primera línea de discusión esta construcción inicial de WELZEL.

Sobre la adecuación social como un origen truncado de una « teoría de la imputación objetiva » me remito a los estudios históricos de CANCIO y CASTALDO, RIDPP 87, p. 892.

Con respecto al tratamiento de la adecuación social por parte de la doctrina, me remito a los trabajos ya citados y a otras obras expositivas: CORCOY, El delito imprudente, pp. 293 ss.; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, pp. 158 ss.; REYES, Imputación, pp. 85 ss.; ROEDER, Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, pp. 13 ss.; ROXIN, Klug-FS, passim; el mismo, PG, 10/33 ss. La última propuesta sobre la adecuación social es la realizada por WOLTER, GA-FS, pp. 285, 290 s., 309, NStZ 93, p. 8, Imputación, p. 66 y Derechos humanos, pp. 59 ss., que lo entiende como un instituto previo al tipo objetivo que elimina las acciones socialmente adecuadas del injusto. « La adecuación social posee una función negativa de delimitación para el tipo objetivo de injusto « previamente a la tipicidad » ». WOLTER considera que existe una categoría relevante para la teoría jurídica del delito antes del tipo de injusto pero que no coincide con los supuestos tradicionales de ausencia de acción. En contra de la posición de WOLTER, HERZBERG, GA 96, pp. 1 ss.

Sobre la aceptación de la « doctrina de la adecuación social » de WELZEL en el ámbito del Dcho. civil, DEUTSCH, Welzel-FS, pp. 237 ss.; MÄDRICH, Lebensrisiko, pp. 92 ss.

Es lógico que ARM. KAUFMANN, Jescheck-FS, pp. 268, 271, obsesionado en convertir todo lo objetivo en algo perteneciente a la parte especial (vid. la respuesta de SCHÜNEMANN, ZStW 96, p. 295, nota 28, sobre la idea de convertir la teoría de las posiciones de garante en un problema de la parte especial que KAUFMANN expresó en p. 270), le restara toda importancia como teoría del tipo o del injusto a esta posición inicial de su maestro (de otra opinión, ARM. KAUFMANN, Normentheorie, p. 70). Este autor coincide con HIRSCH (ZStW 74), JESCHECK (LK, antes de 13/49), LENCKNER (Schönke/Schröder, antes de 13/70) ROXIN (Klug-FS y PG 10/33 ss.), en general con toda la doctrina alemana y con el propio WELZEL en entender la adecuación social como un « principio de interpretación » de los tipos de la parte especial. Para KAUFMANN (p. 269) los problemas interpretativos del tipo objetivo se reducen a la teoría del bien jurídico.

prácticos debido a su excesiva indefinición y a su carácter general, pero es un principio programático cuyo desarrollo permite restringir el ámbito de los tipos que, como el homicidio o las lesiones, están concebidos formalmente con excesiva amplitud⁶¹⁶. Por el contrario, la mayoría de autores que se han venido ocupando de la adecuación social se han referido tradicionalmente más a lo anecdótico o casuístico de la misma⁶¹⁷. Mediante la adecuación social WELZEL contextualizó la acción para su valoración dentro de un determinado orden de vida en comunidad de un pueblo constituido históricamente⁶¹⁸. Según el autor alemán, « son adecuadas socialmente todas las acciones que se realizan dentro del marco del orden ético-social de la vida en comunidad constituido históricamente »⁶¹⁹. Estas acciones, de acuerdo con su significado social, no son injusto. Esta afirmación no es más que una consecuencia lógica del reproche que WELZEL dirigió a la doctrina precedente: el defecto fundamental del hecho de contemplar el fundamento del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos es que ésta concebía éstos no integrados en la vida social real, sino en un mundo inhabitable sin función alguna. Puso de manifiesto que « conforme a la teoría de la protección de bienes, los bienes jurídicos

616 -----
CEREZO, ADP 61, p. 351.

617 Vid. por todos, JESCHECK, PG, 25 IV; el mismo, LK, antes de 13/49, ambos con más referencias; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/69 s. Se le ha reprochado también al concepto que peca de vaguedad e imprecisión y que puede hacer incurrir en el peligro de la superficialidad dogmática. Cfr. BUSTOS, Control, p. 221. Pero eso es una característica de todos los principios programáticos.

En España han rechazado la « teoría de la adecuación social »: CEREZO, L-H Antón Oneca, pp. 176 s., por ser impreciso y afectar, por ello, a la seguridad jurídica y ser innecesario por poderse excluir de los tipos de injusto las conductas socialmente adecuadas mediante los restantes criterios de interpretación, especialmente mediante una interpretación teleológica restrictiva; el mismo, PG, pp. 339 s.; COBO/VIVES, PG, p. 313, con más referencias; JORGE BARREIRO, Imprudencia, p. 51, nota 106, con más referencias: « de acuerdo con un importante sector de la doctrina penal, ha de rechazarse tal criterio (de adecuación social) por su imprecisión y, sin olvidar su relevancia en la propia imputación objetiva e incluso en la interpretación de los tipos penales, debe reconocerse su escasa utilidad para restringir los tipos penales, lo cual [...] se logra mejor a través de los criterios de interpretación ya reconocidos (especialmente el de la interpretación teleológica) »; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 178 ss., le niegan un acomodo definitivo dentro de la teoría jurídica del delito ya que consideran que, al igual que sucede con la idea de exigibilidad, « puede servir para ayudar a la delimitación de cualquiera de sus elementos componentes » y « el máximo de su significado lo alcanza en relación a la tarea legislativa de definir los comportamientos como delitos »; RGUEZ. MOURULLO, PG, pp. 262 ss., aunque, en realidad, la introduce dentro del concepto social de acción.

La aceptan CORCOY, Imputación, pp. 53 s., en el ámbito del delito imprudente, concretando una idea ya presente en su monografía: « Creo que existe un ámbito que, aun cuando cabría dentro del riesgo permitido, es más ajustado hablar en esos casos de adecuación social », añadiendo que « aun cuando el riesgo permitido pueda servir como criterio general de restricción del tipo, la adecuación social se ajusta más, en determinados supuestos, al fondo del problema que trata de solucionar »; MIR PUIG, PG, pp. 567 ss.

618 BUSTOS, Control, p. 220, nota 44, lo ha puesto correctamente de manifiesto: « Con claridad se ve el rol que juega la adecuación social cuando se compara un Estado de Derecho con aquellos que no lo son. Así, en Chile antes del golpe de estado de 1973, se podía hacer abierta crítica política y social, aun de carácter jocoso o caricaturesco. En la actualidad ello no es posible se reprime con la desaparición, la cárcel o la expulsión del país. Evidentemente los modelos generales de libertad de acción han cambiado radicalmente a partir de 1973 ».

619 PG 1ª ed., p. 33.

son piezas de museo que están cuidadosamente puestas a buen recaudo en vitrinas frente a influencias lesivas, estando permitida exclusivamente la contemplación »⁶²⁰. WELZEL insistió en dejar claro que los bienes jurídicos sólo existen en cuanto cumplen una función en la vida social. No son entes situados en un mundo ideal, sino que existe una permanente fricción entre ellos en la vida real: « Toda vida social consiste en el uso y consumo de « bienes jurídicos » al igual que, en definitiva, toda vida es siempre consumo de la vida ». « La existencia social en comunidad es un mundo funcional en el que todos los « bienes jurídicos » se encuentran necesariamente y de antemano en una situación de intercambio de efectos y contraefectos (es decir, « en el tráfico ») ». « Si el Derecho quisiera en serio prohibir todas las lesiones de bienes jurídicos como injusto objetivo, tendría que detenerse al momento la vida social y tendríamos ese mundo de museo que se dedicaría sólo a la contemplación. La labor del Derecho no consiste en preservar los bienes jurídicos, ideados como inmaculados, de toda influencia lesiva »⁶²¹. Por ello para este autor sólo determinados tipos de intromisiones que no respetan la función de dichos bienes jurídicos en la sociedad son considerados como socialmente inadecuados. No se prohíbe toda lesión de objetos materiales de bienes jurídicos, sino sólo aquellas actuaciones que sobrepasan la medida mínima de cuidado establecida para que se desarrolle la vida en comunidad⁶²². « Acciones socialmente adecuadas, es decir, actividades que se desarrollan dentro del orden históricamente vigente de la vida social de un pueblo, no son nunca antijurídicas aunque tengan como consecuencia una lesión de un bien jurídico. Por ello no son típicas en el sentido de los delitos dolosos, si el que actuó ha contado con ese posible resultado, ni tampoco en el sentido de los delitos imprudentes de causación, si habría podido contar con él ». En definitiva, para el ordenamiento punitivo no existen perturbaciones sociales (injustos) por la lesión de un bien, sino perturbaciones sociales por causar lesiones de bienes de forma socialmente inadecuada⁶²³. Es decir, por no tratar dichos bienes con el cuidado imprescindible. La lesión de un

620 -----
H. MAYER, *Strafrecht des Deutschen Volkes*, p. 205, ya había afirmado anteriormente: « El dogma causal contempla el mundo de una forma jurídicamente primitiva como ser objetivo. El delito es alteración del mundo objetivo ideado. El mundo social de valores es, en cierto modo, una gran aula de física en la cual se mantienen todos los objetos primorosamente en su sitio ».

AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 190, nota 75, critica a su vez las críticas de MAYER y WELZEL en este aspecto por considerar esta crítica injusta con respecto a la teoría de los intereses, especialmente en la acepción de MERKEL.

621 Expresamente en contra, COBO/VIVES, PG, p. 313.

622 AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 180 s.; SCHAFFSTEIN, *ZStW* 72, pp. 391 ss. En la introducción de su manual (p. 5), WELZEL establece todavía esta afirmación como uno de los pilares de su sistema.

623 JAKOBS, PG, 2/4; WELZEL, *Abhandlungen*, pp. 138 s., nota 30: « La conducta prohibida disconforme con la ética social (y no una lesión de un bien jurídico) es el contenido de desvalor de todas las normas ».

objeto material no le interesa al ordenamiento como tal sino como perturbación de la vida social. La *ratio* de los tipos penales ya no ha de entenderse como la preservación de los bienes, sino como la exclusión de determinadas modalidades de comportamiento de la vida social (incluso en los tipos puros de resultado) desvaloradas por el ordenamiento jurídico. Si una modalidad de conducta se puede definir como socialmente adecuada ya no puede existir adecuación típica. Se trata de términos contradictorios. No sólo el bien jurídico, pues, determina lo que es un injusto penal.

Tres años antes que los STUDIEN de WELZEL, GALLAS había dado un paso importante en este sentido en un artículo con un título que deja claro su contenido: « Sobre la crítica a la doctrina del delito como lesión de un bien jurídico »⁶²⁴. En este artículo llega a la siguiente conclusión: « El interés no es el objeto de la conducta delictiva sino su medida »⁶²⁵. Esta conclusión conlleva las siguientes consecuencias: « En la medida que se entiende el interés como criterio de un juicio jurídico de desvalor, pero no como fin de una conducta dirigida a una lesión o puesta en peligro, está garantizada una elasticidad de la contemplación para evitar los defectos esenciales de la doctrina del bien jurídico existente hasta el momento. Son resaltables los siguientes puntos:

Como no se limitan las ponderaciones teleológicas que determinan el contenido delictivo del delito al bien jurídico a lesionar, también pueden estar incluidos a la hora del juicio los « intereses contrarios » que, como el interés en la seguridad jurídica, practicabilidad (en el sentido de Gemmingen) margen de libertad (¡ Riesgo permitido !) y, en fin, las demandas de política jurídica general, no dan en realidad su « rostro » al correspondiente tipo delictivo, pero que influyen decisivamente en su configuración como un « valor limitador » »⁶²⁶. En el sentido que se mantiene en este texto, GALLAS insistió como no se debe prescindir de la perspectiva que nos ofrecen los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger en cada tipo penal, pero existen más puntos de vista que delimitan el « ámbito de protección de la norma penal ».

El padre del finalismo representó la construcción cumbre de una serie de críticas que los penalistas alemanes más jóvenes plantearon en los años treinta a las concepciones más tradicionales, y, sobre ello, sentó las bases de una teoría moderna del tipo. La « teoría de la adecuación social » añade una serie de perspectivas que la « teoría de la causación adecuada », basada sólo en reglas generales de la experiencia no puede aportar y, por tanto, es una contribución mucho más rica, aunque no haya desembocado en

624 Un resumen de la posición de GALLAS en POLAINO, Bien jurídico, pp. 175 ss.

625 Gleispach-FS, p. 61.

626 SCHAFFSTEIN, Problematik, pp. 393 ss., mantenía en la misma época una posición similar, abogando por la consideración de una especie de jurisprudencia de intereses en el ámbito del Derecho penal. P. 394: « Sólo puede conocerse el contenido de la norma jurídica si se conocen también los intereses contrarios ».

propuestas útiles hasta 40 años después con las aportaciones del penúltimo de los discípulos de WELZEL: JAKOBS.

Pero JAKOBS no se limitó a unir la idea de la adecuación social con la del riesgo permitido y el principio de confianza. Esta ha sido una labor importante, pero no suficiente para valorar la importancia de su contribución. Además, simplemente este aspecto no justificaría un tratamiento diferenciado de su posición. Su gran aportación ha residido en demostrar como la « imputación objetiva » desempeña un papel más amplio que el que tradicionalmente se le ha otorgado: determinar si a una persone le incumbe objetivamente la desautorización de una norma penal⁶²⁷. La palabra central de su posición pasa a ser la de incumbencia o competencia⁶²⁸. La « imputación objetiva » es el presupuesto necesario del tipo subjetivo y de la culpabilidad. JAKOBS se ha preocupado por poner en evidencia que desde el punto de vista del ordenamiento no todos tenemos que ver con todo o no todo es cosa de todos⁶²⁹. Ha destacado como la vida social se basa en la delimitación de ámbitos de responsabilidad como criterio objetivo que limita la imputación de un suceso a una persona⁶³⁰. En mi opinión, no se le puede objetar nada a

⁶²⁷ La primera formulación de esta idea en ZStW 89, passim. Posteriormente, PG, 7/4a. Para los fundamentos teóricos de su posición, explicados de forma simple, me remito a Imputación, pp. 89 ss., Tun und Unterlassen, pp. 25 ss.

⁶²⁸ Tun und Unterlassen, p. 42.

⁶²⁹ JAKOBS, ZStW 89, p. 30. Recientemente, Tun und Unterlassen, pp. 26 s. En contra, ARMIN KAUFMANN, Jescheck-FS, p. 270, afirma que todo homicida doloso tiene algo que ver con la víctima. KAUFMANN tiene razón, pero se olvida que para ello es preciso constatar primero quién es el autor y si hay víctima, y ese papel lo desempeña la « imputación objetiva ». Una respuesta similar de JAKOBS en Arm. Kaufmann-GS, p. 276 y, posteriormente, de REYES en ADP 92, p. 949. Adoptan la expresión de JAKOBS, FRISCH, Verhalten, p. 152, su discípulo LESCH, Beihilfe, p. 166 y SCHUMANN, Selbstverantwortung, p. 42 y passim. ARM. KAUFMANN se dio cuenta de que la « teoría de la imputación objetiva » que tenía como principales representantes en los años 80 a ROXIN y RUDOLPHI no tenía nada que ver con una todavía incipiente « teoría de la imputación objetiva » defendida por JAKOBS. Por ello en su resistencia a admitir que la « imputación objetiva » cobrara carta de ciudadanía en el ámbito del delito doloso, puntualizó que las teorías de JAKOBS se verían afectadas sólo de forma marginal o indirecta (Jescheck-FS, p. 253). Lamentablemente, nos hemos visto privados, debido al fallecimiento de KAUFMANN, de una fructífera discusión que habría marcado pautas importantes.

⁶³⁰ La idea de la importancia de la delimitación de los ámbitos de competencia de cada persona para una « teoría moderna de la imputación objetiva » fue introducida por JAKOBS en su fundamental artículo en ZStW 89, pp. 7, 11, 14 s. y desarrollada en su manual (7/56 ss., 24/17). Rápidamente se extendió en la literatura. Sirva como ejemplo las referencias de los siguientes importantes comentarios: CRAMER, Schönke/Schröder, 15/148 ss., 155; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13 ss./100 s.; RUDOLPHI, SK, antes de 1/72. Vid. además: BLOY, Beteiligungsform, pp. 138 ss.; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 61 ss.; FÜNFSTIN, StV 85, pp. 57 s.; HOHMANN/KÖNIG, NSZ 89, p. 308; LESCH, Beihilfe, p. 165; MAIWALD, JuS 80, pp. 440 s.; el mismo, Miyazawa-FS, pp. 480 ss., reduce la problemática de la « imputación objetiva » a una cuestión de delimitación de responsabilidades, después de criticar a la « teoría tradicional de la imputación objetiva »; OTTO, Jura 90, p. 49; el mismo, Spindel-FS, pp. 276 ss.; RUDOLPHI, Lackner-FS, pp. 867 ss.; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 1 ss., 107 ss. y passim; WEHRLE, Regressverbot, pp. 52 ss., con más referencias; WOLTER, Zurechnung, p. 344; ZIELINSKI, AK, 15,16/104, aunque señala que los criterios de la competencia de un determinado y limitado ámbito de organización se encuentran todavía sin

este punto de partida de JAKOBS. Esta idea parte de unos datos evidentes de la realidad social. Y ello es debido, sin duda, a que esta realidad compatibiliza con los principios y valores jurídicos de la comunidad. Pero esta idea debe ser formulada en términos dogmáticos (como una cuestión referente a la tipicidad, la justificación, el deber de cuidado, etc.). Ahí es donde se debe centrar la discusión jurídico-penal.

De acuerdo con estos planteamientos JAKOBS ha descompuesto la « imputación objetiva » en los siguientes grupos de problemas:

desarrollar. Anteriormente se habían ocupado de este *topos*, sobre todo con respecto al principio de confianza y la dogmática de la imprudencia: LENCKNER, Engisch-FS, pp. 505 ss.; STRATENWERTH, Eb. Schmidt-FS, passim; el mismo, PG, nums. margs. 1162 ss.; WEHRLE, Regressverbot, pp. 52 ss.; WELP, Vorangegangenes Tun, pp. 285 s., 299, 310 ss.

La influencia de esta idea en el ámbito del delito imprudente se puede considerar generalmente aceptada, pero no en el ámbito del delito doloso que es donde la aportación de JAKOBS resulta especialmente digna de mención. Es decir, tradicionalmente este *topos* se ha tenido en cuenta para delimitar el cuidado necesario en el tráfico, pero no el tipo objetivo. La idea de la delimitación de ámbitos de responsabilidad parte de que la vida social gira alrededor del hecho de que cada uno se tiene que ocupar sólo de lo que le compete. Se trata de un presupuesto para el desarrollo de una sociedad moderna. De lo contrario, la vida social se convertiría en algo excesivamente gravoso y perdería flexibilidad (DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 179). Imagínese el lector que tuviéramos que proteger a todas las personas incluso contra sí mismas y no se pudiera decir nunca « esto no es asunto mío ». JAKOBS ha introducido la idea en la discusión jurídico penal de que la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad que caracteriza nuestra realidad social debe ser tenida en cuenta por el Derecho penal (al igual que se tienen en cuenta los riesgos permitidos).

ROXIN, CPC 89, pp. 763 ss. y PG, 11/104 ss., ha desarrollado posteriormente el *topos* de la « imputación a un ámbito de responsabilidad ajena », conforme al cual « el ámbito de protección jurídico-penal no abarca, finalmente, aquellos resultados cuya evitación cae en el ámbito de responsabilidad profesional de otro ». La diferencia con la posición de JAKOBS es que ROXIN utiliza aquí también la « imputación objetiva » como equivalente a imputación de resultados. En este trabajo pretendo destacar la importancia de este idea para la imputación del riesgo. Además, la imputación a un ámbito de responsabilidad ajena puede ser un problema de imputación objetiva o de imputación subjetiva (por ejemplo, en virtud del principio de confianza). Una vez más ROXIN confunde en un *topos* criterios objetivos y subjetivos. De acuerdo con ROXIN, LARRAURI, ADP 88, pp. 761 s. Sobre este *topos* que cada vez cobra más auge vid. también WOLTER, GA-FS, p. 306 e Imputación, p. 69, con más referencias.

RUDOLPHI, Lackner-FS, pp. 865 ss., muestra las consecuencias prácticas de esta idea, al señalar como no se les puede imputar la contaminación de aguas al distribuidor de ciertos productos para la industria contaminante o a los trabajadores que tienen una relación de causalidad con los residuos contaminantes porque el evitar la contaminación no es de su incumbencia.

La posición de JAKOBS ha sido trasladada por el colombiano REYES, ADP 92, p. 950, a la lengua española de una forma bastante instructiva: « La base de la responsabilidad penal radica entonces en los ámbitos de competencia de cada individuo pues sólo a quien respecto de determinadas actuaciones posee una función de garante puede serle reprochado su comportamiento desviado; y eso no es únicamente válido a nivel del Derecho penal, sino que aun en forma inconsciente lo empleamos en nuestra vida cotidiana, pues a nadie se le ocurre hacerle reclamos al repartidor de periódicos por la mala redacción de una información, ni al final de la transmisión radial de un concierto se censura al técnico de sonido por la desafinada ejecución del pianista, ni al mesero se le felicita por lo exquisito de la comida ».

La idea de la delimitación de ámbitos de responsabilidad está teniendo hoy en día una gran relevancia para solucionar los problemas relacionados con el favorecimiento de conductas delictivas de terceros y el favorecimiento de autolesiones o autopuestas en peligro. Estas cuestiones serán desarrolladas en el Cap. 3°.

- Relación de causalidad entre un resultado y una persona⁶³¹. Al igual que la doctrina alemana mayoritaria, JAKOBS asume como válida la « teoría de la equivalencia de condiciones » y utiliza como método explicativo la subsunción en leyes empíricas generales o científicas. Se trata de un problema previo a valoraciones de tipo normativo.

- Esa relación de causalidad debe pertenecer, por unas razones u otras, al ámbito de competencia de una determinada persona⁶³². Aquí cobra una especial relevancia la fundamentación de las posiciones de garante. Hay que destacar que JAKOBS también defiende la existencia de una posición de garante en los delitos de comisión⁶³³. Este autor considera que la delimitación básica en la teoría jurídica del delito (imputación penal) no se ha de realizar con base en la distinción de tinte naturalístico entre acción y omisión, sino entre formas de tener la competencia (dominio normativo) sobre un resultado típico⁶³⁴. Existen dos formas de fundamentar dicha competencia o incumbencia: en virtud de la organización del propio ámbito de responsabilidad o en virtud de la detentación de un rol especial que tiene su origen en una institución y que establece especiales deberes de solidaridad más intensos que los deberes generales de solidaridad. Por tanto, ciertos delitos tienen su origen en una incumbencia o competencia organizativa y otros en una incumbencia o competencia institucional⁶³⁵. Esta idea de una competencia limitada por lo

631 -----
PG, 7/12 ss.

632 PG, 7/56 ss., Imputación, pp. 101 ss. y Tun und Unterlassen, pp. 26 s.

633 ZStW 89, p. 35; Arm. Kaufmann-GS, pp. 283 ss.; PG, 4/45, 7/56 ss., 71, 23/24, 28/14, 29/16, 29 ss. JAKOBS considera (PG, 7/69) que el ámbito de responsabilidad en los delitos de comisión, dolosos e imprudentes, es más reducido que el de acciones causantes de resultados evitables. Este autor entiende que como no toda causación es típica, sino sólo la que implica una defraudación de la norma penal, sólo se puede realizar el tipo cuando se causa un resultado cuya evitación está garantizada. De acuerdo, FRISCH, Verhalten, p. 133, notas 131 y 134, aunque concediéndole menor relevancia a esta idea. En un sentido similar, HERZBERG (últimamente en JuS 96, pp. 383 s.).

634 Recientemente, Tun und Unterlassen, passim.

635 Vid. entre otros lugares, PG, 1/7, con una completa remisión a otros lugares de su manual, 2/16 s., 21/116, 28/15, 29/57 ss.; Arth. Kaufmann-FS, p. 462; Imputación, pp. 145 ss.; Tun und Unterlassen, passim. La diferenciación entre estos dos tipos de competencia es lo que le otorga unidad a la « teoría de la imputación objetiva » de JAKOBS, frente a la tradicional distinción de la doctrina mayoritaria entre delitos comisivos y omisivos.

Muestran su acuerdo con JAKOBS: DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 180, 184 s.; HÜWELS, Gesetzesvollzug, pp. 126 ss.; LESCH, Beihilfe, pp. 268 s., 298 ss.; el mismo, ZStW 105, pp. 287 ss.; SEELMANN, AK, 13/35, 50, 98 ss., refiriéndose sólo a la omisión; TIMPE, Strafmilderungen, pp. 188 ss.; VOGEL, Norm, p. 282 y passim. Cfr. además JAKOBS, PG, 29/nota 53 (8). ROXIN, Täterschaft, pp. 659 s.; el mismo, LK, 25/212 ss., ha aceptado en lo esencial el desarrollo que JAKOBS ha llevado a cabo de su propuesta, aunque sólo en el ámbito de la comisión por omisión.

En contra: BRAMMSEN, Entsetehungsvoraussetzungen, pp. 147 s.; FREUND, Erfolgsdelikt, p. 274, nota 6; LASCURAIN, Seguridad e higiene, p. 248 y Deber de garantía del empresario, p. 214, por resultar el concepto de institución demasiado flexible y no quedar suficientemente domeñado con la referencia a la igualdad de peso elemental para la estabilidad social en relación con la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias; SANGENSTEDT, Garantenstellung, pp. 354 ss. Todos estos autores, monografistas sobre las posiciones de garantía, consideran principalmente, con razón, que la institución supone una figura excesivamente difusa y falta de contornos claros que, en

que pueda suceder tiene una importancia práctica relativa, ya que en la inmensa mayoría de los supuestos el deber de no lesionar es tan evidente que no se plantea. Pero tiene relevancia cuando se trata de ser cuidadoso con los comportamientos de terceros o con autolesiones o autopuestas en peligro. En muchas de estas ocasiones el autor puede decir: ¿Y a mí que me importa lo que pase? Esto no es de mi incumbencia. Esta es la idea que ha favorecido una reformulación objetiva de la antigua idea de la « prohibición de regreso », que ha cobrado una especial relevancia dentro de la « teoría de la imputación objetiva » de JAKOBS. Aunque hay que destacar que todas estas ideas se encuentra estrechamente relacionadas con los institutos que determinan lo adecuado socialmente.

- La adecuación social de la conducta o « imputación objetiva del comportamiento »⁶³⁶. Esta problemática se encuentra especialmente vinculada a la idea de la « incumbencia ». Aunque alguien haya creado un riesgo y ese riesgo se haya concretado en el resultado, no existe una conducta típica, si el autor se puede distanciar objetivamente del hecho con base en alguno de los siguientes institutos que son un desarrollo de la idea genérica del riesgo permitido y de la adecuación social:

a) El riesgo permitido⁶³⁷, que tiene para JAKOBS la misma relevancia en el delito

consecuencia, no puede fundamentar un juicio de desvalor. SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, p. 365, sin embargo, concluye su exposición afirmando que « puede ser que existan deberes de garante que surjan de una incumbencia institucional », aunque su fundamentación no se haya presentado todavía de forma satisfactoria. Una definición de lo que hay que entender por institución a efectos de « imputación objetiva del comportamiento » en JAKOBS, PG, 29/nota 114; LESCH, *Beihilfe*, p. 268. El fundamento de la imputación se encuentra en que se trata de supuestos en los que la existencia de una relación institucional básica para la vida social obliga a asumir ciertas cargas para un correcto mantenimiento de la misma. La denominación de JAKOBS no es completamente feliz ni sirve como criterio común denominador de los diversos supuestos que engloba dentro de la imputación en virtud de una institución. Ni toda institución genera responsabilidades penalmente relevantes (por ejemplo, el Derecho es una institución o, como el propio JAKOBS reconoce -Tun und Unterlassen, p. 32, nota 68- la incumbencia en virtud de una organización también es una institución), ni todos los supuestos que denomina como institucionales se pueden explicar a partir de la existencia de una institución básica para la vida social (por ejemplo, los que denomina como « confianza especial » en PG, 29/67 ss. o Tun und Unterlassen, pp. 34 ss.). Se trata de supuestos en los que, de acuerdo con el art. 11 C. P. existe « una específica obligación legal o contractual de actuar » que no tienen otros ciudadanos. VOGEL, *Norm*, pp. 358 ss., a pesar de haber asumido la clasificación de JAKOBS se ha dado también cuenta de que la institución no puede suponer el denominador común de todas las posiciones de garantía agrupadas con este nombre (pp. 366 ss.). En mi opinión, ciertas posiciones de garante no tienen su fundamento en una « confianza especial », sino que precisamente existe dicha confianza por existir una posición de garantía. La confianza no es más que una consecuencia de la existencia de ciertos deberes especiales, no es su origen (cfr. LASCURAIN, *Deber de garantía del empresario*, p. 213, nota 14, con más referencias).

⁶³⁶ Imputación, pp. 89 ss.

⁶³⁷ PG, 7/35 ss., Imputación, pp. 103 ss., 117 ss. y Tun und Unterlassen, pp. 27 s. FRISCH, *Verhalten*, pp. 90 ss., bajo la denominación de problemática modalidades de conducta que amenazan bienes de « forma inmediata ». JAKOBS le objeta a FRISCH y su discípulo FREUND que entiendan el riesgo permitido sólo como un producto de una ponderación racional y no tengan en cuenta los factores históricos que configuran ese riesgo permitido (Tun und Unterlassen, p. 27, nota 59).

doloso y en el imprudente. Si alguien crea un riesgo permitido no habrá ni siquiera tentativa. En la problemática del riesgo permitido hay dos problemas cruciales: por un lado, la gran relevancia que le concede JAKOBS a las normas extrapenales y reglas de la técnica para la determinación de lo permitido en una determinada sociedad⁶³⁸ y la relevancia de los « conocimientos especiales » de que disponga el autor⁶³⁹. Esta última cuestión ya ha sido tratada anteriormente.

b) El principio de confianza entendido como confianza permitida⁶⁴⁰. En supuestos en los que alguien causa una lesión o es garante de evitar el resultado, la conducta no será típica si existe un comportamiento socialmente adecuado que sólo en virtud del comportamiento de un tercero se ha convertido en lesivo. Para JAKOBS es una consecuencia de la idea de la « prohibición de regreso ». No puede haber regreso de responsabilidad hacia el que se ha comportado de forma socialmente adecuada o de acuerdo con el riesgo permitido en una determinada actividad.

c) La exclusión de la imputación en casos de consentimiento de la víctima o actuación a propio riesgo⁶⁴¹ que más recientemente ha tratado como casos en los que existe una competencia de la víctima⁶⁴².

d) En tiempos recientes, JAKOBS está desarrollando la « teoría de la imputación objetiva » en el marco de la tradicional teoría de la autoría y participación⁶⁴³. La idea de la « prohibición de regreso » ha encontrado en este marco un lugar de desarrollo y se ha convertido en un principio metódico para la objetivación de la teoría de la autoría y participación que, tradicionalmente, se ha basado en criterios subjetivos como el del « acuerdo previo ». A diferencia del riesgo permitido, el principio de confianza o el *topos* del comportamiento relevante de la víctima, ésta es una aportación particular de JAKOBS a la objetivación del tipo que supone un interesante campo actual de discusión para la

638 -----
PG, 7/42 ss.

639 PG, 7/47 ss.

640 PG, 7/51 ss. e Imputación, pp. 105 s. FRISCH, Verhalten, pp. 230 ss., bajo la denominación de modalidades de conducta que favorecen o motivan conductas de terceros que lesionan bienes jurídicos.

641 PG, 7/104 ss. FRISCH, Verhalten, pp. 148 ss., bajo la denominación de problemática de modalidades de conductas que facilitan o motivan autopuestas en peligro o autolesiones ajenas; el mismo, Tipo, pp. 120 ss. (su primer acercamiento al tema en Vorsatz, pp. 144 ss.).

642 Imputación, pp. 109 ss. y Tun und Unterlassen, p. 29.

643 Imputación, pp. 106 ss., 145 ss.; el mismo, GA 96, pp. 257 ss. FRISCH, Verhalten, pp. 230 ss., también se ocupa de este tema.

Esta idea también está siendo desarrollada por dos discípulos suyos: DERKSEN, GA 93, pp. 163 ss.; LESCH, ZStW 105, pp. 276 ss., 281 ss.

ciencia del Derecho penal. Se trata de una aportación novedosa que prácticamente no ha tenido aceptación (quizás por utilizar un nombre antiguo de una teoría que ha sido claramente superada -« prohibición de regreso »-), pero que, al menos en nuestro país, tampoco ha sido objeto de la profunda reflexión que, en mi opinión, se merece. Por ello esta cuestión será desarrollada en profundidad en el Capítulo 3º, como uno de las cuestiones principales de la moderna teoría del tipo objetivo. Allí analizaré la utilidad que puede tener la posición de JAKOBS y las críticas que se pueden objetar a su posición.

- Por último, una problemática que no siempre se da en la práctica y que la doctrina más tradicional venía tratando como un problema del « ámbito de protección de la norma » en muchas ocasiones: la problemática de « la realización del riesgo en caso de concurrencia de riesgos »⁶⁴⁴. El problema en teoría es sencillo (aunque en muchas ocasiones adolezca de una gran dificultad práctica): explicar en el caso concreto el resultado como consecuencia del riesgo típico y no de cualquier otro riesgo (proveniente de sucesos naturales, del resto de riesgo que existe en toda actividad social, de otras personas que no sean el autor o que sean responsabilidad de la víctima)⁶⁴⁵. Esta problemática se suscita cuando se crean, se contribuye a crear o se condicionan diversos factores que pueden explicar el resultado y es preciso constatar cuál es el que se ha realizado en la lesión. La imputación del resultado consiste en la explicación de acuerdo a leyes generales científicas o dictadas por la experiencia de la relación entre conducta típica y resultado⁶⁴⁶. Es decir, se trata de explicar de forma racional a cuál de los riesgos

⁶⁴⁴ JAKOBS, ADP 89, *passim*; el mismo, PG, 7/72 ss.; el mismo, Imputación, pp. 173 ss.

Otros autores tratan esta cuestión desde la misma perspectiva: MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 260 ss.; OTTO, JuS 74, pp. 708 ss.; el mismo, NJW 80, p. 422, insistiendo en que la problemática titulada como « resultado fuera del ámbito de protección de la norma », no es más que un tema de concurrencia de riesgos; PUPPE, NK, antes de 13/195; REYES, Imputación, pp. 196 ss., 278 ss.; SILVA, ADP 84, p. 369.

Esta idea ha calado ya en la Jurisprudencia: S. T. S. de 21 de diciembre de 1993 (Pte. Bacugalupo).

⁶⁴⁵ REYES, Imputación, pp. 279 s. Ejemplos en las SS. T. S. de 28 de febrero de 1992 (Pte. Ruiz Vadillo), en la que se constató que la muerte era consecuencia de un riesgo natural (insuficiencia cardio-respiratoria debido a un proceso patológico localizado en el pulmón derecho) y no tenía nada que ver con una fuerte discusión con agresiones mutuas en la que había intervenido el fallecido una hora antes de su muerte; 28 de enero de 1994 (Pte. Granados) en un supuesto de comisión por omisión: « Desde el momento en que la esposa, con conocimiento de la situación de peligro para la vida de su marido, se ausente durante el amplio lapso de tiempo que indica el hecho probado, es claro que no era preciso más que la permanencia en su omisión para que el resultado se produjera. Ahora bien, en el supuesto de autos, por causas ajenas a la voluntad de la esposa, el fallecimiento de su marido no fue debido algún riesgo inherente a la situación de peligro existente, sino que fue consecuencia, según se concreta en el relato fáctico, de una insuficiencia respiratoria y, por consiguiente, el delito ha de estimarse en grado de frustración ». En pocas palabras, no se ha podido demostrar en el caso concreto la lesividad de no atender a un marido inválido durante un cierto lapso de tiempo.

⁶⁴⁶ En un sentido similar al de JAKOBS, FRISCH, Verhalten, p. 52: « Los problemas que en realidad están vinculados a la exigencia causal no se encuentran tanto en el ámbito normativo como en el fáctico - con relación a la determinación fáctica de que las correspondientes exigencias normativas se

concurrentes pertenece el resultado final. En la imputación del resultado o bien se constata que el resultado es concreción del riesgo típico o se declara que no es concreción de ese conjunto de condiciones penalmente relevantes, sino de otras⁶⁴⁷. Esas otras condiciones interesan en cuanto sirven para explicar que el resultado no es un todo continuo de la acción. Por ejemplo, lo que hace la víctima después de la creación típica de un riesgo sólo nos interesa desde este punto de vista. La imputación del resultado es *strictu sensu* un problema meramente empírico o descriptivo. Su normatividad reside en que el legislador lo considera todavía como parte integrante de la conducta desvalorada penalmente relevante. La cuestión es si, con ayuda de nuestros conocimientos científicos y empíricos, el autor se puede distanciar del resultado lesivo aparecido en el mundo. Para imputar un resultado el juez ya no tiene que valorar, sino partiendo de la valoración que ha hecho de la conducta tener en cuenta las explicaciones que ofrecen la ciencia o la experiencia cotidiana⁶⁴⁸. La decisión valorativa relevante ya ha sido realizada de antemano: determinar porqué una conducta se entiende ya como socialmente inadecuada. Por esa razón no son precisos más criterios para imputar un resultado.

3. Como ya señalé más arriba, FRISCH⁶⁴⁹ ha puesto en evidencia que la imputación del resultado se ha ido convirtiendo progresivamente en una « supercategoría » que intenta solucionar como problemas de relación entre acción y resultado o de causalidad de la infracción del deber objetivo de cuidado problemas que, en realidad, no lo son y que han de resolverse antes. En una correcta imputación de riesgos es donde se encuentra la solución de muchos problemas que la doctrina mayoritaria (« teoría tradicional de la imputación objetiva ») trata como imputación de resultados. Este autor ha señalado convincentemente como muchas de las denominadas « relaciones » entre conducta y resultado⁶⁵⁰ son construcciones defectuosas que deben su origen en exclusiva a un trazado insuficiente de la desaprobación de la creación de riesgos⁶⁵¹. Existe el peligro

cumplen -, son, pues, problemas de la determinación fáctica y de la prueba »; REYES, Imputación, pp. 278 ss.

⁶⁴⁷ En el mismo sentido, FRISCH, Verhalten, p. 527; PUPPE, ZStW 95, p. 300.

⁶⁴⁸ FRISCH, Verhalten, pp. 523 s.

Vid., a título de ejemplo, las SS. T. S. de 18 de febrero de 1991 (Pte. García Pérez) y 5 de julio de 1991 (Pte. Soto).

⁶⁴⁹ Verhalten, pp. 7 s., 22 s., 31 ss., con más referencias; Tipo, pp. 92 ss. En palabras de FRISCH, « algunas denominadas « relaciones » son construcciones defectuosas que deben en exclusiva su origen a un trazado insuficiente de la conducta típica ».

⁶⁵⁰ Una exposición bastante representativa de los distintos escalones de relación entre conducta y resultado que ha planteado la « doctrina tradicional de la imputación objetiva orientada político criminalmente » en SCHÜNEMANN, JA 75, pp. 578 s., recogidas por ARROYO, Seguridad en el Trabajo, pp. 188 s. y SILVA, La Ley 84, pp. 1044 s.

⁶⁵¹ FRISCH, Vorsatz, p. 142; el mismo, Verhalten, pp. 66 s., desarrollando globalmente un tema que no pudo tratar en profundidad en su anterior monografía. De acuerdo, no sólo su discípulo FREUND,

de que un aspecto del tipo, la imputación del resultado, aglutine toda la teoría del tipo. FRISCH, sin embargo, sigue un camino distinto al de JAKOBS. No asume el *topos* esencial de la delimitación objetiva de ámbitos de responsabilidad desarrollada por JAKOBS⁶⁵², y establece un doble tipo de limitación con base en dos categorías distintas: la conducta típica y la imputación del resultado. Así se titula precisamente su monografía: « Conducta típica e imputación del resultado »⁶⁵³. En el ámbito de la conducta típica se preocupa de limitar una excesiva responsabilidad psíquica (sobre todo en el ámbito del dolo y en las posturas más subjetivistas de la imprudencia como la de STRUENSEE). Este juicio corresponde a la norma de conducta y, por tanto, se enjuicia desde una perspectiva *ex ante*⁶⁵⁴. Aunque defiende una perspectiva *ex ante* objetivada lo que le obliga a llevar a cabo una objetivación de la tipicidad como categoría de la teoría jurídica del delito. Sin embargo, al partir de una perspectiva *ex ante*, no tiene los problemas que sufre JAKOBS cuando tiene que ocuparse de los « conocimientos especiales » desde una perspectiva puramente objetiva de la creación de riesgos jurídicamente desprobados. Por el contrario, el juicio sobre la imputación de resultados, al ser un juicio *ex post* no puede pertenecer a la norma de conducta, sino a la norma de sanción. La imputación del resultado se limita a constatar una relación causal de acuerdo con leyes de la naturaleza o científicas entre la creación jurídicamente desaprobada del riesgo y el resultado. Para limitar la responsabilidad subjetiva (en el marco de la conducta típica) y la pura responsabilidad por el resultado (en el marco de la imputación del resultado) acude a una doble ponderación constitucional: 1) si en casos como el que es objeto de valoración es necesario y apropiado (legítimo) limitar la libertad general de actuación y 2) si es apropiada, necesaria y adecuada (legítima) la intervención del Derecho penal⁶⁵⁵. Pero esa

Erfolgsdelikt, p. 11 y passim que ha trabajado sobre estas ideas, sino también WOLTER en su recensión a esta monografía.

⁶⁵² En Verhalten, p. 89, nota 78 incluida y NSTZ 92, p. 6, critica la excesiva relevancia que a veces se le concede al « *topos* de los ámbitos de competencias ». Sin embargo, utiliza el *topos* de la « incumbencia de la víctima » cuando se ocupa de la problemática de las autolesiones o autopuestas en peligro (Verhalten, pp. 142 ss.). Vid. también en Verhalten, pp. 238 s., sus críticas al *topos* de la delimitación de ámbitos de responsabilidad con respecto a las conductas delictivas de terceros, aunque en pp. 241 ss. tiene en cuenta el principio de autorresponsabilidad como un *topos* orientativo importante para esta problemática, aunque no exclusivo y en p. 263 considera que no existe participación cuando sólo se puede hablar de « modificación del propio ámbito de dominio ». Sin embargo, es preciso objetarle a FRISCH que sin delimitación de responsabilidades no es posible referirse ni al « propio ámbito de dominio » ni al principio de autorresponsabilidad.

⁶⁵³ Esta cuestión se desarrolla en el primer capítulo y la tesis central de su monografía se puede encontrar muy resumida en las pp. 6 ss.

⁶⁵⁴ Vorsatz, pp. 503 s.; Verhalten, pp. 71 ss.

⁶⁵⁵ En profundidad, Verhalten, pp. 70 ss., 89, 127 ss. Para observar su aplicación a cuestiones concretas: pp. 240 ss., 312 s., sobre favorecimiento o motivación de delitos por parte de terceros y pp. 154 ss. y NSTZ 92, p. 6, sobre supuestos relacionados con autopuestas en peligro o autolesiones. La posición de FRISCH ha sido utilizada por FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 33 ss., 51 ss., para desarrollar una teoría del fundamento y límites de las posiciones de garantía en los delitos puros de resultado. En la

ponderación o valoración se realiza siempre en el marco de la tipicidad de la conducta. A la hora de la imputación de resultados, la valoración ya se ha realizado previamente, y por ello dicha imputación se limita a una constatación fáctica de acuerdo con el desvalor de la conducta realizado previamente. Los problemas de imputación del resultado se limitan a una correcta determinación de la dimensión de la conducta típica. Esta posición de FRISCH es criticable por una razón dogmática y por una razón práctica: 1) esa ponderación de legitimación es una ponderación que no le corresponde al aplicador del Derecho, sino al legislador⁶⁵⁶ y 2) se trata de una valoración absolutamente abierta, indeterminada e indefinida que no aporta criterios claros de solución; no sirve más que como *topos* argumentativo para presentar soluciones previamente acordadas⁶⁵⁷. La mejor prueba de ello es que ante los diversos problemas de tipicidad que ofrecen los tipos puros de resultado FRISCH realiza una ponderación caso por caso. A pesar de lo dicho, no se pueden obviar los importantes resultados prácticos a los que ha llegado FRISCH en su monografía TATBESTANDSMÄSSIGES VERHALTEN UND ZURECHNUNG DES ERFOLGS mediante el desarrollo de una teoría moderna de la « imputación objetiva » (como movimiento doctrinal que pretende objetivizar el alcance del tipo) que se extiende más allá de la imputación de resultados. Como ya he puesto de manifiesto y se verá también en los capítulos siguientes, algunos fundamentos teóricos de la posición de FRISCH son, al menos, cuestionables. Pero en su monografía demuestra como se puede llegar a ofrecer a la práctica una serie de soluciones razonables a casos particulares mediante la asunción de las aportaciones más modernas de la « teoría de la imputación objetiva » como, por ejemplo la de JAKOBS. Y ello sin olvidar ciertos principios

obra de estos dos autores, se puede apreciar como la ponderación normativa entre los intereses para proteger un determinado bien jurídico y la libertad de actuación sirve para todo en el ámbito de la tipicidad de la conducta (FRISCH, Verhalten, pp. 69 ss.; FREUND, GA 91, pp. 394 ss.; el mismo, Erfolgsdelikt, pp. 52, 85 ss.): fundamento de las posiciones de garantía, límites de la interpretación posible del tipo, riesgo permitido, principio de confianza, etc. A ello habría que añadir que todas las figuras de la teoría jurídica del delito son reconducibles a esta ponderación: causas de justificación, causas de exculpación, límites de la culpabilidad, excusas absolutorias, etc.

WOLTER, GA 91, pp. 535 ss., expone en profundidad este aspecto fundamental de la posición de FRISCH.

⁶⁵⁶ Por ejemplo, en los supuestos en los que no se modifica el propio ámbito de organización para no dificultar la actividad delictiva de un tercero (una persona se deja la puerta abierta o se desactiva el sistema de alarma para favorecer a un asesino que mate a su vecino) no se entiende porqué castigar esa conducta como participación en un asesinato supone una limitación ilegítima de la libertad de actuación, pero no lo es castigarla como una omisión simple (art. 450 C. P.). Por tanto, la solución no reside en una ponderación de índole constitucional, sino en la distinta regulación de los supuestos de hecho que ha realizado el legislador. La solución debe ser fruto de una actividad interpretativa de la *ratio* de los preceptos dentro de su sentido literal posible. Sobre los problemas que tiene FRISCH con esta cuestión, Verhalten, pp. 313 ss.

⁶⁵⁷ No se puede asumir, por ello, la afirmación de FRISCH, Verhalten, p. 89, nota 78, de que su idea de la legitimidad de la limitación de la libertad de actuación y de la intervención del Derecho penal es más concreto que el de la delimitación de ámbitos de competencia.

irrenunciables que ha ido construyendo la ciencia dogmática a lo largo de su evolución. La obra de FRISCH supone un intento de integrar definitivamente la « teoría de la imputación objetiva » en la « teoría del injusto personal ». Sin embargo, el error de FRISCH consiste en pensar que una ponderación político criminal es suficiente para solucionar los problemas del tipo. Las soluciones a las que llega no sólo son aparentemente razonables en general, sino que este autor se preocupa por demostrar su legitimidad constitucional. Pero todo ello no puede ocultar que su fundamentación de la desaprobación de conductas es, desde un punto de vista dogmático, insuficiente.

XII. Conclusiones

1. La problemática de la relación entre resultado lesivo e imprudencia depende, en gran medida, del fundamento general del delito que se adopte. La exposición nos ha demostrado como las teorías basadas en la prevención general negativa o el finalismo han fracasado, entre otras razones, porque no han podido amoldar satisfactoriamente el delito imprudente a sus premisas generales. También nos ha mostrado como primordialmente ENGISCH y WELZEL han conseguido implantar una estructura formal del delito imprudente que ha tenido bastante aceptación en nuestra literatura y en nuestra Jurisprudencia. Ante las dificultades teóricas que ha venido ofreciendo el delito imprudente se ha ido imponiendo, gradualmente, una tendencia más pragmática que ha pretendido ofrecer soluciones a problemas concretos. Esta nueva tendencia, desarrollada primordialmente a través de la « teoría de la imputación objetiva », ha modificado sustancialmente el tratamiento del delito imprudente desde los años 60. A ROXIN, por ejemplo, no le importa tanto qué es la imprudencia, sino cómo se imputa la realización de un tipo penal a título de imprudencia. Pero lo mismo ha sucedido con el delito doloso, que desde los años 70 ha sufrido un trato diferente. Y no se trata de que se haya descubierto que el dolo es algo distinto a lo que tradicionalmente se había entendido como tal, sino que en el dolo no se había desarrollado hasta tiempos recientes una teoría del tipo objetivo. Éste se limitaba a la pura causalidad. El trasvase de la « teoría de la imputación objetiva » al dolo limita la importancia de los elementos subjetivos del tipo. Dicho de una manera un tanto superficial, el tratamiento del dolo se ha acercado al de la imprudencia, ya que en ambos han cobrado gran relevancia una serie de criterios objetivos en la tipicidad. En tiempos recientes, JAKOBS ha demostrado que la « teoría de la imputación objetiva » es sólo una parte de la teoría general de la imputación penal. Y, a diferencia de ROXIN, ha pretendido construir la « teoría de la imputación objetiva », coherentemente, en el marco de una teoría general de la imputación, en donde se distinga entre «

imputación objetiva del comportamiento » e « imputación objetiva del resultado ». Es decir, determinar correctamente qué requisitos objetivos tienen que ver con la imputación de una conducta (con la tentativa) y qué requisitos objetivos tienen que ver con la imputación de un resultado (con la consumación). Esta idea también ha sido desarrollada por FRISCH, que llega a dejar con un contenido bastante limitado la « imputación de resultado » como parte de la teoría jurídica del delito. En este sentido se ha recobrado la idea de que es preciso encontrar un fundamento material único que nos permita explicar las diversas modalidades delictivas. Sólo así podremos conseguir una explicación convincente y clara de porqué y cómo se imputa un resultado a título de imprudencia. Es preciso, pues, emprender una visión genérica de la teoría jurídica del delito para poder reconstruir las relaciones entre resultado lesivo e imprudencia de forma satisfactoria y coherente.

Presupuestos dogmáticos para una reconstrucción sistemática de la relación entre resultado lesivo e imprudencia

I. Introducción

1. La exposición del capítulo anterior evidencia, al menos, un aspecto que debe ser tenido en cuenta: la problemática de la relación entre resultado lesivo e imprudencia se encuentra íntimamente ligada a los fundamentos dogmáticos de partida. La defensa de dichos fundamentos incide en la forma de construir el injusto imprudente y los problemas que muchas teorías han tenido con el delito imprudente han hecho que se hallan visto superadas. Por esa razón, antes de pasar a reconstruir la relación existente entre resultado lesivo e imprudencia en el marco del Derecho penal español, es preciso realizar unas consideraciones generales que respalden las conclusiones particulares que se van a defender en los próximos capítulos. Además, ante la defraudante evidencia de que el legislador no nos oferta soluciones al tema que es objeto de investigación, los problemas del tipo imprudente no pueden ser contestados de forma tópica¹, a la vieja usanza del Derecho romano o del Derecho anglosajón, sino que su contestación debe ser construída a partir de una serie de presupuestos o premisas generales de los que sea posible deducir en cada situación qué conductas, resultados o hechos se pueden definir como delito o como injusto imprudente. Toda reconstrucción de la relación entre resultado lesivo e imprudencia precisa como punto de referencia una sistematización de la teoría jurídica del delito, al ser esta relación sólo una parte de ésta. « El sistema es un elemento irrenunciable de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho »². El camino contrario es una vuelta al pensamiento tópico, al casuismo y a la solución ocasional; en definitiva, a la arbitrariedad, irracionalidad, improvisación e inseguridad jurídica más absolutas³; en definitiva, a la posibilidad de que hechos y situaciones valorativamente

¹ Sobre el pensamiento tópico o problemático, ROXIN, PG, 7/47 ss.; SCHÜNEMANN, Injusto y culpabilidad, pp. 210 ss.

² ROXIN, PG, 7/50. SCHÜNEMANN, Sistema, p. 42: « El razonamiento sistemático y la elaboración de un sistema son irrenunciables para una cultura jurídica desarrollada y racional ».

³ GIMBERNAT, Estudios, pp. 158 s. Muestran su total acuerdo con las mismas tesis formuladas en su artículo en ZStW 82, tanto ROXIN, PG, 7/31 y Política criminal, pp. 35 ss. como WELZEL, Maurach-FS, p. 5. Vid. además, FRISCH, Verhalten, p. 6, con más referencias; v. LIZT, Vorträge I, pp. 218 s.: « Cuanto más se abandonen a la casuística la legislación y la ciencia, tanto más insegura e incoherente será la aplicación del Derecho. Sólo el conocimiento sistemático garantiza un pleno dominio sobre la materia »; SCHÜNEMANN, Injusto y culpabilidad, pp. 210 ss.

iguales sufran trato desigual o viceversa. Para poder centrar el objeto de esta investigación se hace preciso, pues, en primer lugar, llevar a cabo unas consideraciones generales que permitan ir acotando los problemas a tratar en este trabajo y que se puedan presentar como una base sólida a partir de la cual desarrollar el objeto de estudio.

2. La exposición del capítulo anterior nos permite partir de la aceptación de la « teoría del injusto personal »⁴. Es decir, para afirmar la existencia de un tipo de injusto es preciso tener en cuenta ciertos aspectos personales del autor: la presencia de dolo, la falta de cuidado, el error sobre los hechos, etc. Por tanto, hoy en día ya no es posible partir de una diferenciación fenomenológica como la del causalismo naturalista que tenga en cuenta en el injusto sólo elementos objetivo-externos y en la culpabilidad sólo elementos subjetivo-internos. Ya desde el neokantismo se había puesto de manifiesto que existían elementos subjetivos del injusto y que la culpabilidad no consistía en la mera descripción de los procesos psíquicos del autor, sino que para el juicio de reproche que implica la declaración de culpabilidad había que acudir a criterios objetivo-normativos (concepción normativa de la culpabilidad)⁵. Además, y desde el punto de vista que interesa en este trabajo, no se puede reducir el injusto a una relación de causalidad. Esta idea es incompatible con el Derecho positivo. De lo contrario, no se puede explicar la tentativa, ni la diferenciación entre los delitos de omisión simple y de comisión por omisión⁶ (art. 11),

⁴ Sobre el injusto personal tal y como es entendido por la ciencia jurídico-penal en la actualidad. LAMPE, Unrecht, pp. 11 ss.; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/52; OTTO, PG, 7 IV 2, todos con abundantes referencias. El fundamento de esta teoría se encuentra en las pp. 59 ss., en especial en la p. 62 del manual de WELZEL, que resultan básicas para la evolución moderna de la ciencia del Derecho penal. Los argumentos ya clásicos de WELZEL, en relación a los elementos subjetivos del injusto y la tentativa son expuestos en nuestra doctrina por CEREZO, Problemas, pp. 25 ss. La doctrina anterior no había podido superar o elaborar sistemáticamente de forma satisfactoria estas dos cuestiones (cfr. ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 17 ss., en especial 54 s.).

En tiempos recientes, incide en los argumentos de WELZEL, aunque desde una perspectiva más moderna, FRISCH, Error, pp. 196 ss.

⁵ Cfr. MIR, ADP 88, p. 661; SCHÜNEMANN, Schmitt-FS, p. 124; el mismo, Injusto y culpabilidad: « Esta asignación fija ha demostrado ser, de hecho, demasiado precipitada y errónea, y no sólo desde la victoria, en este punto innegable, del finalismo, sino ya con el desarrollo del concepto normativo de culpabilidad, con el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto, y también con el de los elementos de la culpabilidad objetivamente formulados ».

Sobre esta concepción de la culpabilidad es paradigmática la monografía de FRANK Sobre la construcción del concepto de culpabilidad, p. 11 y passim. Esta transformación del concepto de culpabilidad supuso una de las principales contribuciones de la corriente neoclásica o neokantiana que modificó la concepción clásica y naturalista del delito de acuerdo con criterios valorativos y teleológicos. Cfr. JAKOBS, PG, 17/7 ss.; JESCHECK, LK, antes de 13/16 s.; SCHÜNEMANN, Grundfragen, pp. 28 s.

Sobre la relevancia de los elementos subjetivos del injusto para la visión actual del injusto penal, vid. por todos, CEREZO, Problemas, pp. 25 ss.; PREUSS, Untersuchungen, pp. 200 ss., con abundantes referencias; QUINTERO, PG, p. 19; STRATENWERTH, Schw. Str. 9/41; WELZEL, PG, p. 60; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 26 ss.

⁶ RGUEZ. MUÑOZ, La doctrina de la acción finalista, pp. 138 ss.

ni los delitos especiales que exigen determinados requisitos de autoría. Tampoco se pueden explicar los delitos que sólo describen una actividad o los delitos de omisión⁷. Pero ni siquiera la concepción causal del injusto permite explicar correctamente el injusto propio de los delitos de resultado. Desde un punto de vista causal no se puede diferenciar la autoría de la participación, que es una exigencia del Derecho positivo.

Por otro lado, reducir el tipo de injusto a un proceso causal hace que el tipo de injusto carezca de sentido⁸. Este tipo avalorativo no nos dice nada sobre lo que se encuentra desvalorado por la norma penal⁹. Sólo el juicio de culpabilidad delimita lo prohibido de lo permitido¹⁰. Esto conduce a una extensión de la responsabilidad penal, ya que el juicio de culpabilidad no puede ofrecer límites objetivos relacionados con la

⁷ SILVA, Omisión, p. 13.

⁸ BUSTOS, Control, pp. 216 s.; CORDOBA, Comentarios, p. 13; GOMEZ BENITEZ, PG, pp. 92 s.

⁹ BUSTOS, Control, p. 216. Ya v. HIPPEL, Lehrbuch, p. 96, le hacía esta crítica al causalismo puro de v. BURI (una amplia relación bibliográfica de las primeras críticas a un injusto puramente causalista. FRISCH, Verhalten, p. 11, nota 13).

Diversos autores ya resaltaron a principios de siglo que la materia estrictamente penal no residía en una relación de causalidad, sino en la « comprensión del contenido de cada uno de los tipos legales » (BELING, Grundzüge des Strafrechts, pp. 36 s.). Esta idea promovida por BELING quedó definitivamente asentada con el neokantismo y la « teoría de la relevancia » (GERLAND, MEZGER, BLEI). Sobre la « teoría de la relevancia » me remito a CEREZO, PG, pp. 306 s.; CORCOY, El delito imprudente, pp. 415 s.; FRISCH, Verhalten, pp. 12, 17; GIMBERNAT, Causalidad, pp. 73 ss.; LAMPE, ZStW 71, pp. 595 ss.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 14 ss.; OCTAVIO/HUERTA, PG, p. 87; REYES, Imputación, pp. 27 ss.; TRIFFTERER, PG, pp. 127 s.. Esta teoría, curiosamente, ha tenido un mayor eco en la doctrina española que en su país de origen. La « teoría de la causalidad relevante » separó los fenómenos de la causalidad y de la responsabilidad. Así, seleccionaba en el tipo sólo la causalidad relevante desde el punto de vista del sentido y de la *ratio* de los distintos tipos de la parte especial y de los principios de la teoría del injusto penal. La causalidad no se veía así limitada ya mediante el « correctivo de la culpabilidad », sino previamente mediante el « correctivo de la tipicidad ». Hay que destacar que la « teoría de la adecuación », más antigua que la « teoría de la relevancia », quedaba englobada dentro de ésta, de acuerdo con la opinión de sus defensores. En la década de los treinta se asentó definitivamente un concepto de tipo que no suponía ya una mera constatación, sino una valoración, cuando se superó la concepción del tipo como mera lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (vid. infra Cap. 1º XI.2 las referencias bibliográficas a la obra de GALLAS, HELLMUTH MAYER, WELZEL, etc.).

GIMBERNAT, Causalidad, p. 58, puso de manifiesto que la concepción causal pura « conduce a una desvalorización de los conceptos de tipicidad y antijuridicidad » y « la teoría de la culpabilidad se ve sobrecargada con una función que no corresponde a su esencia »; SCHILD, AK, antes de 13/114: « De conformidad con la doctrina mayoritaria hay que rechazar la concepción clásica de un tipo libre de valoración. La tipicidad como suma de los elementos típicos del hecho penal sólo puede concebirse como valoración ». Sobre la literatura sobre esta cuestión del carácter valorativo del tipo desde la aportación definitiva de WELZEL, cfr. LESCH, ZStW 105, p. 292.

¹⁰ MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 10; NAUCKE, ZStW 76, p. 417, nota 27, le realizó una crítica dogmática y otra político criminal a esta posición: 1) Es dudoso si los presupuestos de la culpabilidad constituyen un elemento corrector o si, por el contrario, éstos se adaptan en gran medida a la extensión de los tipos objetivos. 2) Normalmente, el punto de partida para iniciar investigaciones jurídico-penales está en la suposición de que se ha realizado el tipo objetivo de un precepto penal. La culpabilidad, por lo general, sólo puede ser dilucidada en el juicio oral. De este modo, la ampliación de los tipos de la Parte Especial a través de la « teoría de la equivalencia de condiciones » al menos ofrece la posibilidad de ejercer en mayor medida poder con ayuda del Derecho penal.

configuración de los tipos penales, sino sólo límites subjetivos¹¹. Un tipo que selecciona como penalmente relevantes todas las conductas voluntarias que han condicionado en mayor o menor medida, activa o pasivamente, la aparición de un resultado lesivo o una mayor probabilidad de lesión, no cumple ninguna función. No es sostenible la pretendida neutralidad valorativa del tipo que se sostenía desde el causalismo naturalista (v. LISZT, BELING)¹². En palabras de SILVA¹³, « los verbos típicos, como en general los predicados del lenguaje ordinario, tienen un sentido muchos más *adscriptivo* que *descriptivo*, es decir, adquieren sobre todo un significado de atribución de responsabilidad, y no de descripción de causalidad ».

3. Hoy en día está extendida la idea de que en el tipo de injusto no se desvaloran resultados lesivos o causaciones de resultados, sino acciones, conductas, comportamientos¹⁴. El elemento determinante del injusto no es la aparición de un resultado lesivo, sino una determinada configuración o forma de ejecución de la conducta, en la que juegan un papel elementos personales (conocimientos, experiencias,

¹¹ Por ello esta posición doctrinal ya sólo tiene interés histórico y es hoy en día completamente rechazada por la doctrina: CEREZO, PG, p. 302; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 6; REYES, Imputación, pp. 30 ss., con abundantes referencias, expone con detalle esta posición y las críticas que ha recibido.

La doctrina hace tiempo que viene poniendo de relieve (COBO/VIVES, PG, p. 316; CORDOBA, Comentarios, pp. 12 s.; ROMERO, CPC 83, pp. 158 s.) que « la culpabilidad como ulterior requisito para la existencia de delito, no ofrece el suficiente paliativo para evitar una desmesurada extensión de la responsabilidad criminal ».

¹² TORIO, Acción peligrosa, p. 158: « Tal idea de que el tipo debe ser un tipo cerrado, cabría decir blindado, para el Juez, en el sentido de no exigir sino una subsunción del hecho en la formulación lingüística legislativa, ha experimentado en la dogmática contemporánea, ante todo por las aportaciones de los años ochenta y noventa, una significativa reorientación. El tipo opera sólo como marco legislativo que establece el límite de la subsunción y cierra así el paso a la penetración ostensible de la analogía *in malam partem* en el sistema, pero que no impide la reelaboración racional de los conceptos ni que estos dejen de entenderse como realidades absolutas, para concebirse como relativos medios para el logro de un fin ».

¹³ Política criminal, p. 1075, subrayado en el original. El mismo, CPC 89, pp. 375 s., nota 36: « Personalmente no considero que en el tipo se produzca una mera descripción neutra, naturalística, de fenómenos. Al contrario, el tipo delimita los hechos que, tras una ponderación de argumentos a favor y en contra, han pasado a entenderse « significativos » para el Derecho Penal, por poner en peligro bienes jurídicos en forma « merecedora de ser abstractamente (genéricamente) conminada con pena ». Evidentemente, ello implica, de por sí, que el de « realización típica » es un concepto normativo: las realizaciones típicas se « imputan » ».

¹⁴ Vid. por todos, FRISCH, Vorsatz, pp. 76 ss.; JAKOBS, Studien, pp. 1 ss.; KINDHÄUSER, ZStW 96, pp. 20 s.; LUZON, PG, pp. 330 ss.; MIR PUIG, PG, p. 142, con referencias a WELZEL, Arm. KAUFMANN y CORDOBA; QUINTERO, PG, pp. 18 ss.; STRATENWERTH, SchwZStr. 79, pp. 252 s.; WOLTER, Zurechnung, pp. 25, 52; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 121 ss., con más referencias.

Como ya expuse en el capítulo anterior, WELZEL extendió convincentemente la idea que tiene su origen en ENGISCH de que « el elemento decisivo del injusto del hecho imprudente reside en el desvalor de la acción, no en el simple desvalor del resultado » (PG, p. 128; Abhandlungen, pp. 320 ss., 344).

capacidades, etc.)¹⁵. A partir de las contribuciones de WELZEL, se ha extendido la idea de que el injusto penal no es una mera realidad natural causal, sino que es una expresión de sentido de una persona determinada¹⁶. Este es un presupuesto ineludible para el objeto de estudio de este trabajo. Las normas penales, que surgen con voluntad de configurar la realidad social, no van referidas a meros procesos causales. « Una prohibición a la nieve de convertirse en alud » sería tan absurda como « una prohibición a los zorros de no robar gansos »¹⁷. O « mal se podría hablar de cuidado o exigir un cuidado a la lluvia para que caiga sobre las plantas y no sobre las piedras, o a los terremotos para que ocurran en el desierto y no en los centros poblados »¹⁸. El Derecho penal sólo puede regular conductas. Por ello el contenido de la voluntad debe ser ya tenido en cuenta para afirmar que existe un tipo de injusto penalmente relevante. La afirmación central de la « teoría del injusto personal » es irrefutable: si las normas penales son pautas de comportamiento, éstas sólo pueden referirse a y ocuparse de comportamientos. Ni toda lesión o puesta en peligro de la vida, salud o bienes de las personas es un injusto (sucesos naturales - inundaciones, enfermedades, rayos, etc., supuestos de ausencia de acción) ni todo

¹⁵ En concreto, con respecto al injusto imprudente, WELZEL, ADP 68, pp. 226 s. En profundidad, ARM. KAUFMANN, Normentheorie, pp. 106 ss.

¹⁶ WELZEL, JZ 56, p. 317; el mismo, Bild, pp. 10 ss.; el mismo, PG, p. 1; el mismo, Abhandlungen, pp. 4 s., 16 ss., 124 ss., 203, 347 ss. Para WELZEL la acción es un « fenómeno con sentido, relevante ético-socialmente », una « manifestación real de la vida social ». Para comprender mejor la importancia que el WELZEL de los años cuarenta le otorgaba al sentido social de la acción vid. la réplica a ENGISCH (Der finale Handlungsbegriff) en Strafrecht 2°.

Sobre las similitudes de la concepción de WELZEL con el concepto hegeliano de acción, vid. v. BUBNOFF, Entwicklung, pp. 50 s., 155; ENGISCH, Kohlrausch-FS, p. 149. Sobre el concepto de acción de HEGEL y la doctrina penal hegeliana del S. XIX, que se define en su « relación de sentido con la norma », me remito a la excelente exposición de JAKOBS, PG, 2/3, con más referencias. Vid. también un concepto de acción de esta índole, que entronca con el idealismo alemán, en JAKOBS, Handlungsbegriff, p. 26; HRUSCHKA, Zurechnung, pp. 7 ss., insistiendo en pp. 12 ss. que existe una acción cuando un sujeto utiliza una regla; KINDHAUSER, ZStW 96, pp. 5 ss., 16 ss.; KÖHLER, Begriff der Strafe, pp. 47 ss.; LESCH, ZStW 105, p. 282; SCHILD, AK, antes de 13/69, 84 ss.

Las críticas de WELZEL al causalismo naturalista han sido asumidas por la doctrina mayoritaria. Vid. por todos en Alemania, con abundantes referencias, GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit, pp. 238 ss., JESCHECK, PG, 24 III y ROXIN, PG 10/88 ss., como representantes de la doctrina mayoritaria y en España, HUERTA, Contenido, pp. 17 ss.

Incluso las argumentaciones de WELZEL han calado en la doctrina civil. Vid. por todos, ZIPPELIUS, NJW 57, pp. 1707 s.

¹⁷ ARM. KAUFMANN, Normentheorie, pp. 105, 154; el mismo, Dogmatik der Unterlassungsdelikte, p. 3. La influencia de KAUFMANN en el estado actual de la doctrina es evidente: CORDOBA, Nota 28 al Tratado de Maurach I (1962), pp. 301 ss: « No basta causar la muerte para entender que se ha matado. En primer lugar, el tipo describe lo antinormativo; y la norma tan sólo puede prohibir una actividad, una acción (y como tal, según se ha visto, final), no una causación del resultado (v. ARMIN KAUFMANN, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, p. 114), pues el derecho dirige prohibiciones al hombre en cuanto éste actúa »; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 121 ss., con amplias referencias.

Desde unos fundamentos distintos, el hecho de que sólo se pueden prohibir « acciones » pero no causaciones fue puesto en evidencia por el hegeliano H. MAYER, PG, p. 132.

¹⁸ BUSTOS, Culpa, p. 48.

injusto implica siempre una lesión o puesta en peligro de objetos (tentativa inidónea, delitos denominados de peligro abstracto, etc.)¹⁹. Incluso, en algunos supuestos, el mayor contenido de injusto de un hecho no depende del resultado, sino de cómo se produce el resultado (por ejemplo, la relación valorativa entre el homicidio y el asesinato)²⁰.

4. WELZEL descubrió la importancia de la acción y de acentuar el desvalor de la misma en lugar del desvalor del resultado, antes de que la acción cobrara carta dogmática de naturaleza como estructura ontológica. En la época en la que este autor sacó a la luz su manifiesto para un nuevo sistema²¹, la doctrina dominante en la época había dejado atrás las concepciones en mayor o menor medida hegelianas que habían imperado a finales del S. XIX (primordialmente defendidas por ABEGG, BERNER, HÄLSCHNER y KÖSTLIN)²² y en las que había cobrado una especial relevancia el concepto de acción. En la literatura penal existente en el momento de las primeras propuestas de WELZEL, el delito consistía sólo formalmente en una acción (típica,) antijurídica y culpable, ya que, en realidad, se trataba de la constatación de las consecuencias (modificaciones materiales del mundo exterior perceptibles por los sentidos) de una acción (injusto) a la que se añadía un juicio sobre lo interno de la misma (culpabilidad)²³. Con ello se rompía, según WELZEL, la característica genuina de toda acción humana: la dirección a una meta, que era la característica que la diferenciaba de rayos, inundaciones, aludes, etc. WELZEL puso de manifiesto la inconsistencia material, a pesar de su indudable plasticidad formal, de la división del sistema de v. LISZT, BELING y RADBRUCH de la acción como antijurídica y culpable con base en la división entre lo subjetivo-interno y lo causal-externo del sustrato del delito (la acción)²⁴. Por esta razón comienza su artículo programático con estas afirmaciones con respecto a la estructura esencial de la acción social²⁵: « Carecemos de una doctrina de la acción. En ello reside el defecto principal de la dogmática consagrada. Lo que en su tiempo fue -con los *hegelianos* y, todavía, con *Binding*- acción armoniosa, se encuentra hoy en día desdoblada y dividida en una árida teoría de la causalidad, que ha absorbido en lo esencial el aspecto « objetivo » de la acción, y en la teoría de los elementos psicológicos de la culpabilidad, en la que se han

19 GALLAS, *Beiträge*, pp. 32 ss.; JAKOBS, *PG*, 2/1 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 60: « Un injusto de resultado en el sentido auténtico del término no puede existir; si muere un hombre, por ejemplo, no es ese suceso como tal injusto; KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, pp. 326 s.; MIR, *Función*, pp. 58 ss., con más referencias; RGUEZ. MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, pp. 141 ss.

20 KLESCZEWSKI, *Rolle der Strafe*, pp. 176 ss. y E. A. WOLFF, *ZStW* 97, p. 827 consideran que el injusto penal depende de « cómo se haya expresado el sujeto ».

En el mismo sentido, vid. por un importante sector de la doctrina, LUZON PEÑA, *PG*, pp. 335 s.

21 *Studien zum System des Strafrechts (Abhandlungen)*, pp. 120 ss.). Las contribuciones anteriores del autor, de la década de los treinta, están recogidas en las páginas anteriores de esta recopilación.

22 Sobre este aspecto me remito a v. BUBNOFF y JAKOBS (nota 16)

23 Cfr. ARM. KAUFMANN, *Welzel-FS*, p. 411; RGUEZ. MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, pp. 34 ss.

24 WELZEL, *Maurach-FS*, p. 6.

25 *Abhandlungen*, p. 120 (resaltado en el original).

introducido los elementos « subjetivos » de la acción. Pero ya nadie se pregunta, después de la propagación del dogma causal -la irrupción más seria del naturalismo en el Derecho penal,- y, sobre todo, desde el « concepto de acción » de *Radbruch*, en qué consiste la acción, antes de ese desdoblamiento en esos componentes causales y psicológicos, y de su interpretación jurídica, cómo se manifiesta, antes de su descomposición científico-natural y jurídica, como *unidad original y totalidad real, con sentido*, dentro de la *vida social real* »²⁶. WELZEL, a partir de los acertados reproches desde el nacionalsocialismo y la escuela de Kiel²⁷ a la concepción tradicional y de contribuciones de otros autores de la década de los treinta como H. MAYER²⁸ y v. WEBER²⁹, había abierto un nuevo camino para ofrecer soluciones dogmáticas a la teoría jurídica del delito³⁰. La doctrina alemana se encaminó así hacia un cambio sustancial que seguía una doble dirección: la subjetivación del tipo (piénsese en la problemática de los elementos subjetivos del tipo) y la normativización de la culpabilidad. Lamentablemente, en el concepto de acción de WELZEL acabó predominando un concepto psicológico-naturalista que vino a sustituir a otro concepto naturalista. Al final la acción se vio definida de forma simplista con base en la finalidad individual, perdiendo su dimensión social. De todas maneras, la propuesta de WELZEL supuso, sin duda, un giro coperniquiano, insistiendo en una idea que se halla presente en muchos autores de su época: lo que desvaloran las normas penales no son resultados, sino conductas³¹.

5. Invirtiendo una elegante y ya clásica frase de MEZGER³², sin duda el gran defensor de la norma como norma de valoración, la doctrina penal entiende hoy en día que el injusto no es una producción de un estado jurídicamente desaprobado, sino una alteración jurídicamente desaprobada de un estado. El hecho que desvalora la norma es una conducta, no un estado. En definitiva, el Derecho penal, como sistema de regulación de conductas, no desvalora lesiones o puestas en peligro aisladamente consideradas. En palabras de KINDHÄUSER, «no se imputa el resultado, sino la conducta que causa el resultado como lesión del deber»³³. Hoy en día es preciso partir de la idea de que el

26 -----
Cfr. BUSTOS, Culpa, p. 42.

27 Abhandlungen, p. 129.

28 Pp. 120 s., 127.

29 Pp. 126 s. Cfr. CORDOBA, Una nueva concepción, pp. 43 s.

30 Cfr. LAMPE, Unrecht, pp. 37 ss.

31 Sobre la fundamentación filosófica a partir de las construcciones kantianas (pp. 226 s.) y frente a la ética del resultado de la distinción entre desvalor de la acción y desvalor del estado vid. Abhandlungen, pp. 226 ss.

32 GerS 89 (1924), pp. 245 s. Vid. las consideraciones críticas con respecto a esta posición de MEZGER de FRISCH, Verhalten, pp. 10 ss.; GALLAS, ZStW 67, pp. 37 ss.; LAMPE, Unrecht, pp. 51 ss.; MIR PUIG, Función, p. 61, nota 82; el mismo, ADP 83, p. 11, nota 6; STRATENWERTH, SchwZStr. 79, pp. 237 ss.; ZIELISKI, Handlungsunwert, pp. 45 ss.

Sobre el injusto como materia de la norma de valoración en lugar de una norma de determinación: CARBONELL, Derecho penal, pp. 42 ss.; NOWAKOWSKI, ZStW 63, passim; RGUEZ. MOURULLO, PG, pp. 75 ss.

33 Gefährdung, p. 71 y passim. STRATENWERTH, SchwZStr. 79, p. 252 y passim; el mismo,

injusto implica siempre una conducta contraria a deber³⁴. Y en esa contrariedad a deber (antijuridicidad) juegan un papel elementos del hecho estrechamente relacionados con el autor.

II. Presupuestos metodológicos: una teoría teleológica del Derecho penal

1. Sin embargo, hoy en día la doctrina mayoritaria no parte de las premisas del finalismo para defender una teoría personal del injusto. Se defiende dicha posición no a partir de argumentaciones ontológicas, sino teleológicas, de acuerdo a fines³⁵. Lo que

Schaffstein-FS, p. 183.

³⁴ BLOY, *Beteiligungsform*, p. 259; ARM. KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 280 ss., 291 y *passim*; ZIELINSKI, *Handlungsunwert*, p. 143.

Como ha señalado BLOY, *Beteiligungsform*, p. 259, nota 47, WELZEL no valoró demasiado el concepto de deber y su teoría del injusto se desarrolló en conexión con la teoría final de la acción. ARMIN KAUFMANN fue el encargado de desarrollar una teoría del deber emanado de una norma de determinación como eje del injusto personal, consiguiendo, además vincular la teoría de la infracción del deber con la teoría del bien jurídico. Sin embargo, como ya expuse en el capítulo anterior, no son las tesis de KAUFMANN las que han triunfado en la ciencia jurídico penal, sino la reformulación que GALLAS ha realizado del concepto de deber, del papel de éste en el marco de una « teoría personal del injusto » y de la relación entre infracción del deber (norma de determinación) y lesión del bien jurídico (norma de valoración).

Sobre la concepción de la teoría de las normas propia del finalismo: CEREZO, PG, p. 19; GÖSSEL, Bengl-FS, p. 27; el mismo, Bruns-FS, p. 44; ARM. KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. IX s., 273 ss., 292 y *passim* con la elaboración más acabada.

³⁵ La orientación teleológica tiene una gran tradición en la doctrina alemana. Es básico en este sentido, desde un punto de vista general, la contribución de IHERING, *Zweck*, pp. 435 ss. Sobre la tradición de la orientación teleológica en la ciencia penal alemana iniciada con esta obra de IHERING cuyas ideas fueron introducidas en la ciencia penal alemana por su discípulo v. LISZT 5 años después (1882) mediante una obra titulada *La idea de fin en Derecho penal* (« Programa de Marburgo ») que luchaba contra un Derecho penal puramente retributivo ajeno a cualquier fin, FREUND, GA 95, pp. 4 s.; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 135; LARENZ, *Metodología*, pp. 68 ss.; SCHMIDHAUSER, *Denken*, pp. 92 s.

Después de la aportación metodológica de la doctrina final de la acción y como reacción a ésta se ha extendido la construcción teleológica de sistemas:

CASTALDO, *RIDPP* 87, p. 895; FRISCH, *Vorsatz*, pp. 502 ss.; GALLAS, *Beiträge*, p. 32; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 131 ss., con más referencias y *passim*; ROXIN, PG, 7/23 ss., con más referencias, realizando una clara exposición; SCHMIDHÄUSER, *Radbruch-GS*, *passim*, recogiendo ciertas propuestas de RADBRUCH; el mismo, en el Cap. 6º de su manual; el mismo, *Studienbuch*, 4/1 ss.; el mismo, *JuS* 87, *passim*; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, pp. 23 ss.; el mismo, *Sistema*, pp. 34 ss., 63 ss.; el mismo, *Schmitt-FS*, *passim*; WOLTER, *Zurechung*, p. 21.

Un buen termómetro para apreciar el estado de la cuestión es el L-H ROXIN titulado *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, en el que se puede apreciar como el pensamiento teleológico o funcionalista determina el estado actual de la ciencia jurídico-penal no sólo en nuestro país, sino también en Alemania, Italia y Portugal.

En nuestra doctrina han desarrollado la idea de la construcción de un sistema orientado teleológicamente: MIR, *Función*, pp. 17, 42; SILVA, *Aproximación*, pp. 67 ss., 116 ss. y *passim*. MIR, *Sistema*, p. 26, ha afirmado recientemente que « el examen de la evolución histórico-dogmática del último siglo pone de manifiesto, por una parte, la incapacidad del método naturalístico y del planteamiento ontológico para proporcionar una base firme a la doctrina jurídico-penal ». En pp. 27 ss. realiza una exposición de su decisiva aportación en estos últimos años.

define como tal a la doctrina final de la acción no es el hecho de ubicar el dolo y el deber de cuidado en el tipo o cualquier otra cuestión sistemática relacionada con la teoría jurídica del delito, sino el plano metodológico³⁶. WELZEL, en oposición preferentemente al neokantismo y su relativismo valorativo, basó su sistema en la vinculación del legislador a estructuras ontológicas y, principalmente a la estructura final de la acción³⁷. A partir de aquí construyó todo su sistema, de forma deductivo-axiomática. Aquí es donde difiere la « doctrina final de la acción » de los otros partidarios de una « teoría del injusto personal ». Opino, con la doctrina imperante, que no es obligado abordar una construcción sistemática del Derecho positivo con base en estructuras previas a cualquier valoración. Las estructuras ontológicas pueden imponer límites a las valoraciones, pero no determinan éstas necesariamente. No se puede pretender que los hombres se queden embarazados igual que las mujeres, pero sería absurdo pretender que una diferencia ontológica tan evidente como la existente entre hombres y mujeres determinara un trato jurídico diferente³⁸. Deducir de las diferencias ontológicas entre hombres y mujeres que éstas no pueden ser militares, jueces o policías sería una aberración jurídica porque infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento (art. 14 C. E., que establece la igualdad normativa a pesar de las diversas diferencias ontológicas que recoge). Las normas penales han de tener una fundamentación autónoma teniendo en cuenta los principios y valores de nuestro sistema político-social³⁹ y no una fundamentación heterónoma ajena a dichos principios y valores. El Derecho se ocupa del deber ser (lo deontológico), y éste no tiene que derivar necesariamente del ser (lo ontológico), sino

Evidentemente, los discípulos de WELZEL se han opuesto a esta línea doctrinal diametralmente contraria a sus principios metodológicos. HIRSCH, Univ. Köln-FS, pp. 414 ss., sigue defendiendo un sistema derivado de verdades ontológicas dedicando gran parte de sus contribuciones con ayuda de sus discípulos (especialmente KÜPPER) a evitar la reconstrucción de un sistema orientado teleológicamente. Aunque en 25 Jahre Rechtsentwicklung, p. 48, reconoce que la doctrina mayoritaria en Alemania se ha desarrollado en un sentido completamente contrario al propuesto por la doctrina final de la acción. La teoría de las normas de ARM. KAUFMANN parte de una visión ontológica al entender la dogmática como una ciencia que se limita a descubrir las estructuras ontológicas y sus relaciones (Normentheorie, pp. VIII ss. y passim).

Desde un punto de vista metodológico LUHMANN en su monografía Zweckbegriff ha desarrollado un concepto complejo de finalidad como racionalidad de los sistemas sociales (el Derecho también lo es).

³⁶ CORDOBA, Una nueva concepción, p. 46.

³⁷ WELZEL, Abhandlungen, p. 3: « No ha de determinarse la materia conforme al método sino el método conforme a la materia ». En esta frase se manifiesta su oposición metodológica radical al neokantismo (cfr. LARENZ, Metodología, pp. 133 s.; MIR, Introducción, pp. 227 ss., 245 ss.; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 58 ss.). Este presupuesto metodológico lo mantuvo WELZEL a lo largo de su obra: Abhandlungen, pp. 8 s., 12 ss., 154.

³⁸ FRISCH, Vorsatz, pp. 45, nota 68, 78.

³⁹ Esta idea se convirtió en la principal aportación del neokantismo frente al naturalismo que dominaba la discusión dogmática a finales del S. XIX y principios del S. XX. Cfr. SCHÜNEMANN, Sistema, pp. 47 ss., con abundantes referencias. P. 49: « Mediante el influjo del neokantismo se recuperó para la dogmática y la sistemática penal la dimensión de la decisión específicamente jurídica, esto es, aquella que tiene lugar según criterios de valor ».

simplemente tener éste en cuenta.

2. La « doctrina final de la acción » no ha sido rechazada por su incoherencia sistemática, sino porque las consecuencias que se derivaban de la estructura final de la acción son político criminalmente insatisfactorias en el marco de un Estado de Derecho⁴⁰ y desde un punto de vista práctico y son incompatibles con el Derecho positivo :

a) Problemas político criminales: ARMIN KAUFMANN y ZIELINSKI han demostrado que el finalismo, llevado consecuentemente a sus últimas consecuencias, llega a consecuencias insatisfactorias. Desde el punto de vista que aquí nos interesa primordialmente, el injusto jurídico-penal, estos autores no han tenido más remedio que reducir el injusto al desvalor de la intención del autor. Así, por ejemplo, KAUFMANN afirma que « de acuerdo con la aplicación consecuente del concepto personal de injusto sólo el sentido que el autor le da al hecho en su dolo de hecho determina el sustrato de valor del juicio de infracción de la norma »⁴¹. O ZIELINSKI llega a la conclusión de que « la espina dorsal de la acción injusta es la voluntad final de configuración; su intención es lo que le concede a la acción su sentido »⁴². El finalismo conduce irremediabilmente a una concepción subjetivo-monista del injusto⁴³, es decir, a una visión unidimensional del injusto⁴⁴. Pero en un Estado de Derecho en el que priman las garantías de los ciudadanos frente al Estado, el injusto no puede depender únicamente de lo que el autor persigue en su foro interno⁴⁵. Sólo en virtud de sus efectos externos pasa a ser relevante el aspecto

40 -----
Sobre el concepto de Estado de Derecho, JORGE BARREIRO, Medidas, pp. 131 s.; TERRADILLOS, Peligrosidad social, pp. 170 ss., con más referencias..

41 Welzel-FS, p. 403. En el mismo sentido, HORN, Gefährungsdelikte, pp. 78 ss.; ARM. KAUFMANN, Normentheorie, pp. VIII ss., 3 ss., 36 ss., 67 ss., 105 ss., 273 ss.; ZIELINSKI, Handlungsunwert, p. 121 ss., 136 ss. y passim.

42 Handlungsunwert, p. 209. P. 127: « sólo las acciones finales son injusto. El dolo es el elemento constitutivo del injusto ».

43 Esta denominación tiene su origen en GALLAS, Bockelmann-FS, p. 155. Sobre esta escuela, SILVA, Aproximación, p. 17.

44 KRÜPELMANN, Bagatelldelikte, pp. 66 ss.; KÜPER, GA 80, pp. 215 ss.; MARINUCCI, RIDPP, p. 1213; WOLTER, GA-FS, p. 297; ZACZYK, GA 91, p. 572.

45 BACIGALUPO, PG, p. 31: « Los hechos que no trascienden de la esfera de la intimidad personal, que protege el art. 18 CE no pueden ser objeto de sanción penal »; COBO/VIVES, PG, p. 213: « Por ese camino el Derecho penal asume el cometido de regir las intenciones, invadiendo la esfera de la moralidad »; CURADO, Comportamiento lícito, pp. 61 ss.; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 179; JAKOBS, ZStW 97, pp. 759 ss.; el mismo, Arm. Kaufmann-GS, p. 283: « En un Estado libre no puede ser interpretada la esfera íntima »; el mismo, PG, 6/73; LESCH, ZStW 105, p. 282; TIMPE, Strafmilderungen, p. 174; VEHLING, Vorbereitung und Versuch, pp. 97 ss.

La S. T. S. de 29 de mayo de 1993 (Pte. Conde-Pumpido) argumenta que todo injusto « sin contenido objetivo de antijuridicidad o si se quiere, con sólo un contenido de antijuridicidad subjetiva » es « contrario a los postulados del Derecho penal postconstitucional ».

subjetivo de la conducta⁴⁶. Esta es una exigencia de nuestro Derecho positivo que incluso en la tentativa exige dar « principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores » (art. 16. 1). Es decir, sin ciertos requisitos objetivos nunca puede haber un injusto. La « teoría personal del injusto » precisa de filtros objetivos. El finalismo extiende el injusto hasta ámbitos que carecen de relevancia social, por lo que según la « doctrina final de la acción » el Derecho debería cubrir ámbitos que en un Estado moderno deben ser privativos de la moral. Esto es absolutamente ilegítimo al tiempo que se disipan garantías tan importantes en un Estado de Derecho como las derivadas del principio de legalidad. Al Derecho penal sólo le interesa la voluntad externalizada que reúne ciertos requisitos objetivos mínimos⁴⁷. La teoría de las normas de los finalistas entiende el delito como algo que sólo tiene lugar entre una norma y un individuo. Por eso se definen como teorías unidimensionales o subjetivo-monistas. Al final no se tiene presente que ciertas conductas se prohíben sólo por su carácter lesivo u ofensivo para otra persona o para la sociedad. Es decir, que el injusto es pluridimensional. El contenido del injusto se ve orientado por el principio de lesividad u ofensividad⁴⁸. Como ha puesto de relieve JAKOBS en su crítica a la teoría de las normas y a la concepción subjetiva de KAUFMANN, al final se confunden injusto y pecado⁴⁹. Y como han puesto de manifiesto OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO⁵⁰, esta concepción no resulta adecuada a la idea de intervención mínima que debe presidir el Derecho penal en un Estado democrático como « un Derecho que sólo puede prohibir aquellos

⁴⁶ JAKOBS, Aufgabe, p. 272; el mismo, PG, 28/1; CURADO, Comportamiento lícito, pp. 61 ss.; LUZON PEÑA, ADP 89, p. 10: « La esfera puramente interna por sí sola, o sea, sin reflejo en lo externo, cae fuera del ámbito de lo jurídico »; MIR, ADP 83, p. 12; VEHLING, Vorbereitung und Versuch, p. 133, está de acuerdo con su maestro JAKOBS en que « la materia del Derecho penal no son interna que perturban, sino externa ».

⁴⁷ GALLAS, Bockelmann-FS, pp. 164 ss.; HRUSCHKA, Rechtsstaat, p. 203; JAKOBS, PG, 6/67 ss.; SCHILD, AK, antes de 13/86 s.

⁴⁸ MIR, Sistema, p. 33.

⁴⁹ Arm. Kaufmann-GS, pp. 274, 280.

PHILIPPS, Handlungsspielraum, p. 95: «La doctrina final de la acción asume que el imperativo «¡ No debes realizar A!» significa lo mismo que « ¡ No debes realizar A voluntariamente!» o quizás que « ¡ No debes querer realizar A!». « ¡No debes matar!» significa en realidad: « ¡No debes querer matar!»».

HOBBS, en el inicio del capítulo XXVII de su Leviathan, realizaba la siguiente afirmación en §1651: «Cada delito es un pecado -pero cada pecado no es un delito. La intención de robar o matar es un pecado, incluso si no se externaliza en una palabra o en un hecho: pues Dios, que contempla los pensamientos del hombre, puede imputar tal intención: pero en la medida que tal intención no se manifiesta mediante una acción o una externalización, conforme a la cual pueda ser enjuiciado por un juez humano, carece del carácter de un delito».

KRATZSCH, Verhaltenssteuerung, p. 102: «Lo que es injusto es consecuencia, frente a la comprensión de la teoría monista subjetiva del injusto, no de la relación norma-autor, sino en primer lugar de la coordinación social de las acciones de varios».

Vid. también las críticas a ARM. KAUFMANN de MÜSSIG, Schutz, pp. 37 ss. y ROXIN, PG, 10/99.

⁵⁰ PG, pp. 172 s.

comportamientos que, en forma socialmente insoportable, lesionen o pongan en peligro los más importantes intereses del sistema social a cuya regulación se dirige ». El Estado que se merece el calificativo de Estado de Derecho se ocupa del tráfico social y no de la esfera íntima de los individuos, que es un asunto privativo de cada uno. El finalismo se olvida de la dimensión social del injusto⁵¹. Por esta razón siempre se le ha objetado a autores como KAUFMANN o ZIELINSKI que convertían a la tentativa inidónea o, incluso, la supersticiosa en la figura central del Derecho penal. El finalismo infringe uno de los principios político criminales básicos para un Derecho penal moderno: el principio del hecho⁵².

El Estado de la cuestión queda perfectamente reflejado con las siguientes palabras de TORIO⁵³: « Hay que subrayar que el desvalor objetivo material de la acción peligrosa para el bien jurídico se ha constituido en elemento nuclear, central, de la tipicidad. Desde los años cincuenta en adelante, la teoría finalista había contraído el mérito indiscutible de destacar la preeminencia del desvalor de acción frente al desvalor de resultado. Pero lo había entendido incorrectamente al identificarlo unilateralmente con el dolo. El dolo, entendido en sentido subjetivo final, como voluntad direccional del suceso exterior, no fue considerado por el finalismo ortodoxo como « mera forma de culpabilidad », sino como elemento central de lo injusto. La orientación actual, es decir, el sistema postfinalista, desarrollado en los años setenta y ochenta, preserva la idea formal de que el desvalor de acción es el dato prioritario, originario, antepuesto al desvalor de resultado dentro del tipo, pero entiende ese desvalor en sentido objetivo material, en tanto considera la tendencia objetivo final de la acción (*finis operis*, en el lenguaje aristotélico) como momento constitutivo del injusto tipificado. Es este quizás el elemento más característico del pensamiento postfinalista para el cual el tipo describe a) acciones peligrosas, dirigidas por la voluntad finalista, dolosa b) a la producción del resultado. El tipo es una unidad compleja. Presenta, pues, una direccionalidad objetivo final, dada por la tendencia material peligrosa de la acción, y una direccionalidad subjetivo final, dada por el dolo, hacia la producción del resultado típico ».

b) Problemas prácticos: desde un punto de vista práctico, el Derecho no puede permitir que el injusto dependa de forma absoluta del « sentido que el autor le da al hecho en su dolo de hecho ». Las normas nacen con la voluntad de determinar la voluntad de los ciudadanos. Tienen un carácter prescriptivo y no meramente descriptivo de los procesos psíquicos. Por ello no pueden depender sólo de la intención del autor. Así, se le puede

51 PUPPE, NK, antes de 13/17; STRATENWERTH, Schaffstein-FS, pp. 183 ss.

52 OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 170 s., afirman, de forma quizás demasiado radical, que esta postura se desliza hacia un Derecho penal de autor. Lo que sí es verdad es que contradice el principio de intervención mínima (sólo hay que pensar en la tentativa supersticiosa).

53 Acción peligrosa, pp. 160 s.

imputar un hecho antijurídico a una persona aunque su intención no fuera realizar ese hecho, como sucede en la imprudencia. Por el contrario, el finalismo igual que por un lado conduce a un exceso punitivo político criminalmente insatisfactorio, por otro deja impunes conductas que se merecen un reproche jurídico como vimos al analizar la propuesta de STRUENSEE y SERRANO⁵⁴.

c) Por último, la « doctrina final de la acción » tiene problemas con el Derecho positivo. No sólo en los supuestos de tentativa, como hemos visto, sino también con los delitos consumados. El art. 138 no desvalora el hecho de querer matar o intentar matar, sino de matar a otro. La acción de matar exige algo más que la mera intención. Pero esta problemática del papel del resultado en el injusto será tratada infra XII.

3. El finalismo, como todo sistema ontológico, carece de la flexibilidad suficiente para amoldarse al Derecho positivo y a los problemas que tiene planteados el Derecho penal en el marco de un Estado de Derecho. Por ello intenta continuamente solucionar sus problemas de *lege ferenda* exigiendo que el legislador se adecúe a los planteamientos y propuestas de la « doctrina final de la acción ». En los últimos tiempos los partidarios de la « doctrina final de la acción » se han limitado a una defensa numantina de ciertos dogmas, por lo que esta doctrina ha dejado ya de ofrecer interés⁵⁵. Por el contrario, los sistemas orientados teleológicamente tienen un carácter abierto que les permite ir integrando todas aquellas novedades que sea preciso tener en cuenta⁵⁶. En este línea, pues, es preciso continuar con los presupuestos de este trabajo de investigación

SILVA ha puesto ya en evidencia en la literatura española que los sistemas ontológicos « son, casi por necesidad, sistemas cerrados. En efecto, se elaboran «a priori» a partir de una idea rectora - que no se cuestiona- y de la que se extraen por vía deductiva todas (sic.) los enunciados de rango inferior, cuyo contenido no puede modificarse en atención a las consecuencias jurídicas que produce. De ahí que, por otro lado, aparezcan como sistemas meramente clasificatorios, que abstraen hasta la obtención de la idea más general como categoría básica y luego la van concretando por la adición de sucesivas características; de ellos se ha señalado que reproducen el modelo de clasificación botánica ideado por LINNEO »⁵⁷.

⁵⁴ Vid. supra Cap. 1º IX.7.

⁵⁵ SCHÜNEMANN, Sistema, p. 62: « La radicalización de la teoría finalista de lo injusto personal amenaza, pues, con destruir de nuevo los progresos que esta corriente ha reportado al sistema del Derecho penal y, con ello, marca el punto a partir del cual la doctrina finalista, durante largo tiempo en progresión, ya no ofrece futuro alguno a la sistemática penal ».

⁵⁶ MIR, Introducción, p. 334.

⁵⁷ Aproximación, pp. 367 s., con más referencias.

4. La doctrina mayoritaria nunca ha negado que las acciones humanas estén dirigidas finalmente, sino que de la estructura final de la acción sea obligatorio la creación de un determinado sistema o, por ejemplo, el tratamiento jurídico de la falta de conocimiento de la antijuridicidad⁵⁸. El principal problema de la « doctrina final de la acción » es que existe un salto lógico entre el carácter final de la acción y la valoración jurídica de la misma.

III. La función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho

1. Con la afirmación de que una interpretación sistemática del Derecho positivo debe partir de una perspectiva teleológica todavía no se ha dicho mucho. Es preciso determinar qué es lo que se tiene en cuenta para esa interpretación teleológica de las normas penales. Y, en mi opinión, sólo se puede construir un sistema que le dé unidad a las soluciones de los problemas teniendo en cuenta la función, tarea o papel del Derecho penal en una sociedad moderna⁵⁹. Esta función del Derecho penal se encuentra íntimamente ligada al sentido de la pena estatal⁶⁰. En los últimos años la doctrina no ha

⁵⁸ El carácter final de la acción es algo que no negaron ni siquiera los detractores más radicales de la « doctrina final de la acción » (cfr. BUSTOS, Culpa, pp. 54 ss.; FRISCH, Vorsatz, p. 44, incluida nota 60; REYES, ADP 92, pp. 941, 943 s., 963); BOCKELMANN, Täterschaft, p. 25; v. BUBNOFF, Entwicklung, pp. 150 s., con más referencias; FRISCH, Vorsatz, pp. 86 s.; JESCHECK, PG, 23 IV 1; MAIHOFFER, Eb. Schmidt-FS, p. 170; MEZGER, JZ 52, pp. 673 ss.; el mismo, NJW 53, p. 3; el mismo, PG, p. 49; el mismo, Wege, p. 13; NOWAKOWSKI, JZ 58, p. 391; RGUEZ, MOURULLO, PG, p. 216; ROXIN, ZStW 74, p. 523; RUDOLPHI, SK, antes de 1/26 ss.; SCHMIDHÄUSER, ZStW 66, p. 27, con más referencias. A lo que se oponen estos autores es a la equiparación automática de acción en sentido ontológico y jurídico y, por tanto, que la finalidad del sujeto determine ya lo que es materia de desvalor. Tiene razón BUSTOS, Culpa, p. 55, cuando señala que « lo que se discute, sin embargo, son las consecuencias sistemáticas que WELZEL deduce de esta realidad ontológica. La acción es en verdad final, como lo confirman todos los opositores de la teoría de la acción final, pero esta comprobación no debe tener relevancia alguna en la construcción del delito ».

⁵⁹ SILVA, Aproximación, pp. 179 ss., 373 y passim; WOLTER, Zurechnung, p. 21. Las referencias de ROXIN, Política criminal, passim y su escuela de la política criminal (vid. por todos, AMELUNG, Sistema, pp. 94 ss., en sentido crítico con ROXIN) a consideraciones de índole político criminal creo que van en esta línea.

El propio WELZEL parte en su manual no de la « doctrina final de la acción », sino de la « función ético-social » del Derecho penal » como instrumento para conformar y asegurar un determinado sentimiento ético-social conforme al ordenamiento (PG, I ss., Abhandlungen, pp. 228 s., 234 s., 263). Algunos discípulos han desarrollado esta visión del Derecho penal y de la pena de WELZEL: CEREZO, PG, pp. 19 ss.; ARM. KAUFMANN, Misión, p. 19; STRATENWERTH, PG, n° marg. 25. Es lógico el planteamiento de WELZEL y su influencia en sus discípulos si tenemos en cuenta que la « teoría personal del injusto » tiene sus fundamentos filosóficos originales en el desvalor ético de la voluntad del sujeto.

Sobre las relaciones de este apartado de la teoría de WELZEL con el sistema funcional de su discípulo JAKOBS, vid. JAKOBS, PG 1ª ed., p. V y 2ª ed., p. VII.

⁶⁰ EXNER, Wesen, p. 1; GALLAS, Beiträge, p. 2; GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit, pp. 164 s., 170; IHERING, Zweck, p. 485: « El fin de la ley penal no es otro que el de toda ley: aseguramiento de las condiciones de vida de la sociedad, lo único que le caracteriza es la manera de perseguir ese fin, se sirve

ofrecido un criterio global mejor que éste. Esta explicación funcional del Derecho penal nos permite determinar el contenido de los diferentes elementos del delito: la acción, el injusto, la culpabilidad, etc.

2. La primera manifestación de un Derecho penal funcional como reacción a las consecuencias insatisfactorias del finalismo fue la « teoría de la imputación objetiva »⁶¹. Bajo esta denominación se esconden diversos criterios para reconstruir un injusto enriquecido con elementos personales, pero que logre superar los principales inconvenientes que desde una perspectiva funcional presentaban las teorías anteriores:

a) El tipo objetivo no se reduce a una relación causal⁶². La idea del riesgo, por ejemplo, cobra especial relevancia dentro de esta teoría. Sólo la creación de un riesgo o una omisión que equivalga valorativamente a la creación de un riesgo pueden fundamentar la autoría de un hecho en los delitos de resultado. Por otro lado, frente al finalismo se refuerza la importancia del tipo objetivo, negando que el injusto se reduzca a una cuestión subjetiva⁶³. Al mismo tiempo, se favorece una interpretación teleológica que intenta superar una visión formal de la tipicidad y en la que no sólo opera el bien jurídico como criterio interpretativo (en este sentido hay que reconocer el carácter de precursora que tuvo la « teoría de la adecuación social » de WELZEL). Un paradigma de estos intentos de una interpretación teleológica que conduzca a un alcance razonable de los tipos penales son los trabajos de FRISCH para delimitar los contornos de lo que él denomina «

de la pena ».

Esta sistemática teleológica de acuerdo a la función de la pena se puede apreciar principalmente en los sistemas de JAKOBS y SCHMIDHÄUSER preferentemente. Sobre este último, CASTALDO, RIDPP 87, p. 888, reconociéndole su labor de pionero; ROXIN, ZStW 83, p. 378, de forma excesivamente crítica.

En España, BACIGALUPO, PG, p. 14: « La función del derecho penal depende de la concepción de la pena que se siga »; MIR, Introducción, p. 91; el mismo, Función, p. 15; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, pp. 190, 264 ss.; ZUGALDIA, Evolución, p. 577: « Los conceptos de culpabilidad y pena se encuentran íntimamente unidos. Se condicionan mutuamente de tal manera que creemos que no es posible elaborar un concepto de culpabilidad si no es en base a una determinada teoría de la pena: toda teoría de la pena supone, al mismo tiempo, una determinada teoría de la culpabilidad »; el mismo, ADP 84, pp. 324 s., nota 9; el mismo, Fundamentos, p. 59.

La monografía de FRISCH, Vorsatz und Risiko, pp. 46 ss. y passim es un buen ejemplo de como desarrollar los diversos apartados de la teoría jurídica del delito a partir de la legitimación de la pena estatal.

Sólo denominamos delito a un hecho que acarrea una pena: GALLAS, Beiträge, pp. 2: « Ciertos hechos no son punibles porque sean delitos, sino que son delito porque son punibles », 11 ; KINDHÄUSER, Gefährdung, pp. 339 ss.; MIR, Derecho penal, p. 125, de forma implícita; OTTO, PG, I II.

⁶¹ CORCOY, Imputación, p. 37; MTNEZ. ESCAMILLA, Aproximación, p. 86.

⁶² FRISCH, Tipo, pp. 114 s. Señala este inconveniente de la teoría del tipo de WELZEL, ROXIN, Chengchi Law Review, p. 220.

⁶³ FRISCH, Tipo, pp. 114 s.; ROXIN, Chengchi Law Review, pp. 228 s.

conducta típica ».

b) El tipo subjetivo no depende sólo de la finalidad del autor, sino de la valoración que el ordenamiento haga de la finalidad del autor de acuerdo con consideraciones funcionales. Esto ha sido evidente desde siempre en el delito imprudente, y por ello ha sido siempre el « talón de aquiles » de la « doctrina final de la acción ». De todas maneras, WELZEL se había orientado en el delito imprudente más por razones funcionales o teleológicas que ontológicas. Por eso la concepción del injusto imprudente que hoy en día se puede considerar como mayoritaria no difiere sustancialmente de la finalista, al menos no de forma tan radical como en el delito doloso. Por esta razón la « teoría de la imputación objetiva » se desarrolló de forma pacífica en el ámbito del delito imprudente (aunque haya discusión en ciertos criterios) y en este ámbito no existen grandes diferencias con los finalistas más cercanos a WELZEL (CEREZO, HIRSCH, KÜPER), manteniéndose sólo la polémica con los discípulos de KAUFMANN (STRUENSEE, SERRANO) que suponen un sector muy minoritario de la literatura especializada. La reformulación del tipo objetivo también afecta al tipo subjetivo, ya que éste tiene aquél como sustrato o punto de referencia. Y en este aspecto es donde se centra la moderna transformación de la teoría del delito doloso, de la que me ocuparé en el Capítulo 5º.

Posteriormente, la interpretación funcional del tipo subjetivo se extendió a la culpabilidad y a las diversas formas de exculpación. El concepto normativo de culpabilidad se ha visto enriquecido con una interpretación funcional del juicio de culpabilidad⁶⁴.

Estas son las coordenadas de la « teoría de la imputación objetiva ». Por tanto, la « teoría de la imputación objetiva » no se reduce a una teoría de imputación de resultados. Tampoco es un elemento de la teoría jurídica del delito (al igual que no lo es la « doctrina social de la acción »), sino una teoría del tipo (objetivo y subjetivo). La « teoría de la imputación objetiva » es un intento de reconstruir el tipo de injusto por parte de una serie de autores que podíamos denominar como postfinalistas⁶⁵. Por ello poco a poco se ha ido

⁶⁴ Sobre esta cuestión, vid. por todos, SCHÜNEMANN, Schmitt-FS, pp. 132 ss. y ADP 89, pp. 709 ss.

⁶⁵ CORCOY, Imputación, p. 38: « Sólo puede afirmarse la objetividad de la imputación objetiva en el sentido de que se trata de un juicio objetivo, pero que abarca tanto los aspectos objetivos del tipo como los subjetivos »; TORIO, Estudios X, p. 386.

ROXIN ha afirmado en algunas ocasiones (Chengchi Law Review, p. 256) que en la imputación objetiva engloba todos los elementos relacionados con el tipo de injusto y en la imputación subjetiva todos los elementos relacionados con el juicio de culpabilidad. De otra opinión, EBERT, Jura 79, p. 562.

La manifestación más radical de la afirmación del texto serían las siguientes palabras de WOLTER,

extendiendo a la teoría de las formas imperfectas de ejecución, a la teoría de la autoría y participación, etc. Este objetivo común es el único punto de unión de una serie de propuestas que todavía no han logrado la coherencia sistemática del finalismo pero que, sin duda, han aportado ya grandes cosas. La principal objeción que cabe hacerle a la « teoría de la imputación objetiva » como movimiento doctrinal es que todavía no se encuentran claramente diferenciadas las cuestiones relativas al tipo objetivo y las relativas al tipo subjetivo. En los siguientes capítulos intentaré desarrollar una mejor delimitación de los criterios o principios de imputación que tienen que ver con el tipo objetivo y los que tienen que ver con el tipo subjetivo. Pero para ello es preciso avanzar un poco más en los presupuestos de esta reconstrucción funcional.

3. La interpretación funcional del Derecho positivo es siempre una « interpretación constitucional ». Es decir, se parte de la existencia de un sistema político y social con una mínima legitimidad constitucional y en el marco de ese sistema constitucional es donde se debe tener en cuenta la función del Derecho penal⁶⁶. Si el sistema es ilegítimo (por ejemplo, se trata de una dictadura militar) el Derecho penal, como Derecho derivado del orden constitucional, desempeñará una función ilegítima. Pero, por fortuna, este no es nuestro caso. La legitimidad del Derecho penal depende de la del orden constitucional al que sirve y no puede ser más legítimo el Derecho penal que el sistema al que sirve⁶⁷. Si el sistema carece de legitimidad, la legitimación del Derecho penal no se encuentra en una interpretación del Derecho positivo, sino que la única alternativa que queda es la revolución o transformación de los principios y fines de un determinado sistema político y social. En la Constitución y en su papel constitucional es donde ha de encontrar el

Imputación, pp. 65 s.: « La teoría moderna de la imputación objetiva abarca todo el sistema del Derecho Penal. Esta influye tanto en las causas de justificación como en la culpabilidad. Llega hasta el sistema de individualización de la pena e incluso hasta el sistema procesal penal. En esencia abarca, en todo caso, el tipo del ilícito en su totalidad - desde el comportamiento creador de un peligro hasta la producción del resultado -. No sólo están afectados los elementos objetivos y el tipo objetivo del ilícito. La teoría de la imputación objetiva no se detiene ni ante hechos subjetivos ni ante el tipo subjetivo del ilícito. Ello lo demuestran los problemas del conocimiento especial y la desviación del nexo causal. Sin embargo, el conocimiento especial del autor tiene su influencia ya en el tipo objetivo del ilícito. Pero, la imputación objetiva de un hecho desviado no se puede comprobar sin tener que recurrir al plan del autor llevado a cabo de forma objetiva en su acción y, por lo tanto, la unidad de sentido del tipo objetivo-subjetivo. Es decir, que de este modo se encuentran abarcadas tanto las normas de conducta jurídico-penales (*strafrechtliche Verhaltensnormen*) como las normas de valoración (*Bewertungsnormen*) que son más amplias ». El propio WOLTER, Imputación, p. 89, define a esta línea doctrinal de la que él es un destacado representante, como « la « teoría funcional del injusto » de la « escuela de Munich » de Claus Roxin ». En contra de WOLTER, CORCOY, Imputación, p. 38.

⁶⁶ BUSTOS, Control, pp. 53 ss., en profundidad sobre la necesidad de analizar la función de la pena dentro de un sistema socioeconómico y la forma de Estado imperante.

⁶⁷ JAKOBS, PG, 1/20, 2/1; el mismo, Sociedad, pp. 18 ss.; LESCH, JA 94, p. 599; MIR, Derecho penal, pp. 19 s., 25. En contra, BARATTA, CPC 84, pp. 544 s

Derecho penal su legitimación. La función del Derecho penal no es más que un apartado de la teoría del Estado⁶⁸. La concepción del Estado condiciona el papel del Derecho penal. Así, en un sistema de libertades como el nuestro el Derecho penal no puede desempeñar la misma función que desempeñaba en el Estado totalitario y teocrático propio del S. XVI⁶⁹. Es preciso, pues, encontrar una función de la pena que tenga legitimidad constitucional. Esta relación entre el Derecho penal y el Derecho constitucional ha tenido una escasa relevancia en la literatura, donde las conexiones entre ambas disciplinas han sido más escasas de lo deseable.

IV. La imputación jurídico-penal como imputación personal. Sobre el concepto de persona

1. Si el Derecho penal le imputa acciones antijurídicas a personas y penas como consecuencia de esas actuaciones antijurídicas, el Derecho penal ha de respetar, a la hora de cumplir su función, la visión que el ordenamiento jurídico tiene de sus ciudadanos⁷⁰. Esta visión de la persona por el Derecho nos permite desechar de nuestra consideración aquellas funciones que el Derecho penal no puede desempeñar por ser ilegítimas e incompatibles con la visión de persona que tiene el Derecho. El concepto de persona ya no puede ser el de proceso mecánico y biológico (como lo entendía el positivismo naturalista) ni el de « unidad psicofísica »⁷¹ (como lo entendía el finalismo), sino un concepto normativo que parte de una determinada valoración. Las teorías de la prevención especial y de la prevención general, en sus dos vertientes, positiva y negativa, son teorías desarrolladas por la ciencia jurídico-penal. Es importante, por ello, constatar su legitimidad de acuerdo con los valores fundamentales de nuestro sistema jurídico. A esta

⁶⁸ El planteamiento no es, en absoluto, novedoso en nuestra doctrina y hay que reconocerle a MIR PUIG la importancia que ha tenido su contribución en la « concepción global del Derecho penal » que intenta conseguir la doctrina. Así, con todo merecimiento, ha reflejado recientemente este autor el papel decisivo de su obra en la Introducción a una recopilación de sus libros y artículos más relevantes que tiene como título El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Según sus propias palabras, el punto de partida y horizonte de su obra « es la necesidad de revisar los fundamentos del Derecho penal desde las exigencias del modelo de Estado social y democrático de Derecho ». « Este planteamiento propone una reflexión metodológica acerca del cometido de la ciencia jurídico-penal y tiene, a mi juicio, consecuencias centrales tanto en la teoría de las funciones de la pena como en la teoría jurídica del delito ». CALLIESS, NJW 89, pp. 1338, 1342 s., que ha inspirado en gran medida a las aportaciones de MIR, afirma que el Derecho penal se debe entender como « Derecho constitucional concretizado ». Esta es la razón que explica porqué no se puede legitimar de la misma manera la tarea de la pena en nuestro país o en ciertos países latinoamericanos, por ejemplo.

⁶⁹ Sobre la evolución paralela entre concepción del Estado y las diversas teorías de la pena, BOCK, JuS 94, pp. 90 ss; BUSTOS, Control, pp. 53 ss. (p. 88: « La historia del Derecho penal es la historia del Estado »); NEUMANN/SCHROTT, Neuere Theorien, pp. 10 s.

⁷⁰ BLOY, Beteiligungsform, p. 246: « Sólo una persona puede ser sujeto de imputación ».

⁷¹ ARM. KAUFMANN, Normentheorie, p. 106.

cuestión están dedicadas las siguientes páginas.

2. La función de prevención especial no sirve para legitimar el papel constitucional del Derecho penal. Principalmente porque concibe, al partir de un punto de vista mecanicista, a las personas como meros procesos mecánicos-biológicos; es decir no respeta su personalidad⁷². No es de extrañar que la construcción clásica de esta teoría fuera desarrollada en el marco de la visión causal-naturalista del Derecho penal (v. LISZT y su « Programa de Marburgo »). El causalismo naturalista tenía en cuenta al delincuente como un engranaje defectuoso del sistema social que debía ser reparado a cualquier precio para que no que no afectara al desarrollo común. La objeción más importante que, a mi entender, cabe hacer es que mediante la prevención especial como función esencial del Derecho penal se trata a los ciudadanos libres y responsables como inimputables o niños, lo cual atenta contra su dignidad como personas⁷³. No se distingue entre seres humanos capaces de actuar de acuerdo con valores y seres humanos que no gozan de dicha capacidad. A la teoría de la prevención especial hay que objetarle que no se puede tratar a los ciudadanos con plenos derechos y obligaciones igual que a aquellos que carecen del mismo estatus⁷⁴. Los comportamientos de los inimputables son interpretados normativamente como mera naturaleza, como meros procesos causales (no actúan de acuerdo a valores), por eso sus acciones no reciben el mismo trato que las de el resto de los ciudadanos⁷⁵. Ello está en consonancia con la realidad social, si tenemos en cuenta estos dos aspectos:

a) El que estos sujetos no sean considerados igual de libres y responsables da lugar al arsenal de preceptos protectores que existen en nuestro ordenamiento jurídico para

⁷² GARCIA-PABLOS, PG, p. 99: « La idea de « peligrosidad », por su parte, deviene degradante, al no hacer referencia a ninguna condición específica del ser humano, sino a una cualidad negativa que puede existir también en las cosas y en los animales ».

⁷³ GARCIA-PABLOS, PG, p. 99: « Las ideas básicas de « peligrosidad » y « resocialización » merecen muchos reparos. La de « peligrosidad » parece degradar al hombre e infunde serias sospechas. Trata al delincuente como a un « sub-hombre », como un « enfermo » o « necesitado »: es toda una concepción « clasista », que parte de una especie de « declaración de guerra » de la sociedad al criminal, de un « estado de guerra » ».

⁷⁴ LUHMANN, Grundrechte, p. 69; el mismo, Rechtssoziologie, p. 47, considera que los niños y los enajenados no son considerados como personas porque se les excluye como interlocutores válidos o competentes en la comunicación. En un sentido similar, JAKOBS, Schuld, p. 75.

Ello no obsta para que, como ha señalado la doctrina constitucional (DÜRIG, Grundgesetz Kommentar, art. 1 I/19, 20, con más referencias), sean tratados como personas en sentido potencial que merecen una especial protección, reconocimiento del que gozan por el mero hecho de ser seres humanos y que les confiere ciertos derechos constitucionalmente reconocidos.

⁷⁵ FRISCH, ZStW 102, p. 359; JAKOBS, Schuld und Prävention, p. 17; el mismo, GA 96, pp. 253 s.; ARTH. KAUFMANN, Schuldprinzip, p. 202; ROXIN, Política criminal, p. 139; SCHILD, JZ 80, p. 600; el mismo, AK, antes de 13/59.

ellos⁷⁶. La legislación protectora de menores (por ejemplo, restricciones laborales) tiene su raíz en que éstos no son considerados como ciudadanos con plenos derechos y obligaciones, sino como sujetos que necesitan una protección especial en su desarrollo hacia la adquisición del estatus de persona en el Derecho, ejercitando el Estado una función tuitiva de rango constitucional con estas personas. Nuestro ordenamiento protege, sin duda, a menores y enajenados para que pueden llegar a gozar del estatus de ciudadano. Esto, por ejemplo, tiene importantes consecuencias prácticas. De acuerdo con esta idea se debe evitar, por ejemplo, por ser contrario a nuestro sistema de valores, que se trate a todos los enajenados como seres peligrosos y que por esa razón se entienda que deben ser tratados a cualquier precio e, incluso, inocuizados.

b) Un análisis de nuestro ordenamiento jurídico nos muestra como hasta cierta edad o padeciendo ciertas enfermedades mentales no se puede participar en la organización social (se carece del derecho de sufragio activo y pasivo), ni se pueden administrar los propios asuntos o bienes (regulación en el Código civil de la incapacidad) siendo preciso que una persona se haga cargo de los mismos, ni en el ámbito administrativo se conceden ciertas autorizaciones o permisos (por ejemplo, el permiso de conducir), etc. Asimismo, el juez o tribunal penal no les impone la misma consecuencia jurídica que a una persona en el Derecho⁷⁷. En vez de una pena se les aplica una medida de seguridad o corrección que tiene una naturaleza jurídica y un sentido normativo-valorativo completamente distinto.

Esta realidad impide que la pena pueda cumplir la misma función que la medida de seguridad: la prevención especial⁷⁸. Con la medida de seguridad y corrección los niños y los que sufren anomalías o alteraciones psíquicas no son tratados como personas a las

⁷⁶ Art. 49 C. E., con respecto a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, con desarrollos posteriores como la Ley 13/1982; art. 39 C. E. con respecto a los niños; L. O. 1/96 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; Declaración de los Derechos del niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971.

⁷⁷ OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, p. 138: « Por un lado, los imputables identifican a los que no lo son, los estiman distintos y comprenden que necesitan un trato penal diferente al suyo; por otro lado, se identifican entre sí, se estiman iguales y, por tanto, necesitados del mismo trato penal ».

⁷⁸ Sobre la ilegitimidad de fundamentar la teoría jurídica del delito en la prevención especial: CEREZO, AP 93, p. 195; GRACIA, AP 93, pp. 549 s., con más referencias; HIRSCH, ZStW 106, p. 759. Tienen razón NEUMANN/SCHROTT, Neuere Theorien, p. 6, cuando afirman que los representantes de un « Derecho penal » exclusivamente orientado a la terapia no defienden una reformulación del principio de culpabilidad, sino su sustitución. Desde el Derecho canónico, la *poena medicinalis* es conceptualmente distinta a la *poena vindicativae*. No tiene que ver la ayuda a los no iguales con la retribución.

que se le reproche algo (culpabilidad) sino como procesos peligrosos⁷⁹. La medida de seguridad *strictu sensu* no se diferencia normativamente de la colocación de un muro de contención en una zona propensa a inundaciones o un pararrayos en una localidad especialmente afectada por tormentas⁸⁰. Estas medidas de seguridad que se aplican a inimputables, a diferencia de otras medidas de seguridad⁸¹, no tienen como base la retribución de culpabilidad sino son preferentemente medidas de índole preventivo-policial, aunque aplicadas por un órgano judicial⁸². Por esa razón la medida no resulta una respuesta tan estereotipada o prefijada como la pena, ya que está orientada a la solución individual y no retribuye un hecho anterior⁸³. Como ya he dicho, en esa

⁷⁹ FRISCH, ZStW 102, p. 362 y passim; JAKOBS, ZStW 101, p. 520; LUHMANN, Rechtssoziologie, p. 49; KILLIAS, SchwZStr. 97, p. 34; KLESCZEWSKI, Rolle der Strafe, pp. 246 s., 323 ss., 396 s. (« reacción a la violencia de la voluntad natural »); OTTO, PG, 1 I 2 d); WELZEL, Abhandlungen, pp. 228, 234; el mismo, PG, p. 244.

⁸⁰ Por ejemplo, si en una localidad existe una epidemia que amenaza con extenderse (entre personas o sólo entre animales) se pueden adoptar medidas de seguridad limitadoras de la libertad tendentes a evitar que las personas o sus actividades sean peligrosas para terceros. Los afectados por las medidas ven limitados sus derechos no por ser culpables, sino por su « peligrosidad ». Desde un punto de vista de teoría del Estado no existe ninguna diferencia entre esta medida y las recogidas en el C. P. La peligrosidad es casualidad o azar, la culpabilidad no. Los medios de que dispone el Estado no se diferencian por su sentido externo-naturalístico (por ejemplo, limitación de las posibilidades de movimiento) sino por su contenido de sentido normativo-valorativo (FRISCH, ZStW 102, p. 357, nota 64; RGUEZ. MOURULLO, RGLJ 65, pp. 787 ss.; WELZEL, PG, p. 246). En ambos casos existe, sin duda, el límite de la no desproporcionalidad y de la no limitación innecesaria o arbitraria de los derechos actuales (imputables) o potenciales (inimputables). Vid. por todos, FRISCH, ZStW 102, p. 369 y passim.

⁸¹ Por ejemplo, las que se aplican a semiinimputables (art. 99 C. P.) que son en realidad substitutivos de la pena privativa de libertad.

⁸² JAKOBS, PG, 1/60; KLESCZEWSKI, Rolle der Strafe, pp. 323 ss.; WELZEL, Abhandlungen, pp. 234 ss.

Estas medidas son impuestas por órganos jurisdiccionales penales como garantía por la propensión que puede tener el Estado a manipular la función de las medidas y la facilidad de dicha manipulación en los supuestos de una consecuencia jurídica que no retribuye un hecho anterior, sino que únicamente tiene como objetivo la educación, mejora o aseguramiento (cfr. RGUEZ. MOURULLO, Medidas, pp. 359 ss.). Vid. por todos, KLESCZEWSKI, Rolle der Strafe, pp. 323 ss., 387, 394, 396 s.; WELZEL, PG, p. 245.

La doctrina española mayoritaria no comparte este opinión: BUSTOS, PG, pp. 6 s., con más referencias a favor y en contra; JORGE BARREIRO, Medidas, pp. 89 ss.; MIR, Introducción, pp. 88 ss.; el mismo, PG, pp. 9 ss.; RGUEZ. MOURULLO, RGLJ 65, pp. 759 s. y passim; SILVA, Aproximación, pp. 179 ss., 311, nota 1.

En mi opinión, desligar las medidas de seguridad a inimputables de la función propia del Derecho penal y resaltar su carácter de instituto más policial que penal ayuda a liberar a estas medidas de todo carácter de castigo, aflicción o retribución (al respecto, RGUEZ. MOURULLO, Medidas, pp. 370 s.), incidiendo en su auténtica naturaleza jurídica. No nos debemos olvidar que sólo son delitos o falta las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley (art. 10 C. P.).

En la literatura alemana LESCH, JA 94, pp. 510 s., 592, comparte la opinión aquí mantenida sobre la naturaleza jurídica de las medidas de corrección y seguridad. Este autor justifica esta función del juez similar a la de la autoridad administrativa con base en dos razones: 1) economía de procedimientos, al evitar que se dé un procedimiento administrativo una vez concluido el penal con la definición del autor como inimputable; 2) que el juez puede tratar mejor el caso que una autoridad administrativa por el hecho de que debido a haberse ocupado intensamente del autor y su personalidad se encuentra más cercano al problema de su peligrosidad.

⁸³ FRISCH, ZStW 102, p. 358, con una abundante relación bibliográfica; JORGE BARREIRO, Medidas, p. 95; RGUEZ. MOURULLO, Medidas, pp. 345 ss.; ROMEO, Peligrosidad, pp. 80 s.;

solución individual no se puede olvidar la protección del inimputable. Es decir, no se pueden disminuir innecesaria o arbitrariamente las posibilidades que puede tener el inimputable peligroso de convertirse algún día en un integrante del orden social con plenitud de derechos y obligaciones⁸⁴. En esta línea ha insistido RGUEZ. MOURULLO, argumentando que la medida de seguridad ha de operar « en pro de la recuperación de la dignidad humana »⁸⁵ y que se ha de intentar que « sirva, en primer término, para devolver al individuo su plena capacidad de autodeterminación y pueda conferírsele de nuevo plena participación en la vida social »⁸⁶. Esa « búsqueda de la dignidad », en la medida que no afecte negativamente a los demás, es lo que justifica la medida de seguridad, que no debe pretender sólo la mera inocuización⁸⁷. La medida ha de suponer el resultado de una ponderación entre dos polos: la peligrosidad para bienes jurídicos y las posibilidades futuras de autodesarrollo y autoadministración por parte del inimputable.

3. Una vez rechazada la prevención especial como tarea fundamentadora del Derecho penal en nuestro sistema jurídico de valores debemos plantarnos la legitimidad de la prevención general como función del Derecho penal. Es decir, el Derecho penal pretendería preservar la vigencia del ordenamiento jurídico como sistema regulador de conductas y mantener el respeto de todos los ciudadanos a las normas, no sólo de determinadas personas. Pero la doctrina ha desarrollado dos modalidades de cumplimiento de este papel: una forma negativa o intimidatoria y otra forma positiva. En primer lugar nos ocuparemos de la legitimidad de la prevención general negativa para pasar a continuación a ocuparnos de la prevención general positiva.

4. La prevención general negativa tiene en cuenta a las personas como meros procesos psíquicos, es decir no las contempla desde un punto de vista valorativo o normativo. Se define a la persona únicamente como un ser que actúa de acuerdo a

STRATENWERTH, Schw. Str. II, pp. 301 s., 315.

⁸⁴ CEREZO, PG, p. 42, de acuerdo con WELZEL; JORGE BARREIRO, Medidas, pp. 82 ss., de acuerdo con WELZEL; KLESCZEWSKI, Rolle der Strafe, pp. 323 ss.; RGUEZ. MOURULLO, RGLJ 65, pp. 784 ss., de acuerdo con WELZEL; WELZEL, PG, p. 245, de forma concisa pero brillante.

⁸⁵ RGLJ 65, p. 784. De acuerdo, JORGE BARREIRO, Medidas, p. 84.

⁸⁶ RGLJ 65, p. 787. RGUEZ. MOURULLO, Medidas, p. 367: « La medida se justifica éticamente en cuanto aparece como medio dirigido a la recuperación de la plena dignidad humana. Lo que fundamenta la aplicación de la medida de seguridad no es ya tan sólo su utilidad para la tranquilidad del mayor número, sino el deber que pesa sobre el Estado de remover los obstáculos que se oponen al pleno desarrollo de la persona humana ».

⁸⁷ KLESCZEWSKI, Rolle der Strafe, p. 247: « La violencia sirve en estos supuestos para evitar que continúe el desarrollo de la existencia externa de la falta de libertad y, de ese modo, para abrir el camino a la propia personalidad »; RGUEZ. MOURULLO, Medidas, p. 368: « Se supera con creces, de este modo, la concepción que pretende fundamentar las medidas de seguridad exclusivamente desde la perspectiva de la defensa social ».

motivaciones, instintos o fines particulares, pero no de acuerdo a valores. Por esa razón parte de una visión negativa de los ciudadanos, teniendo que recurrir a la amenaza y a la intimidación para controlar sus naturales tendencias delictivas. Mediante esta amenaza o conminación con una pena el legislador confía en que, por temor al castigo, la inmensa mayoría de los ciudadanos se abstendrá de poner en peligro o lesionar ciertos bienes jurídico tutelados. El ciudadano no es visto como tal, sino como un enemigo del Derecho. Además, la prevención general negativa adolece de unos defectos que continuamente han sido puestos de manifiesto por la doctrina:

a) La atemorización permanente de los ciudadanos no es compatible con la eficacia impeditiva que el principio de la dignidad de la persona tiene en nuestro ordenamiento⁸⁸. HEGEL ya puso en evidencia los inconvenientes de esta concepción con su conocido simil de que el ciudadano es tratado como un perro contra el que se levanta un palo y no como un ser libre⁸⁹. No puede existir mayor ataque a la dignidad de la persona que la permanente amenaza del Estado. El Estado que regula así los comportamientos en la vida social carece totalmente de legitimidad en nuestro orden político. La teoría de la « motivación negativa » de las normas o de la prevención general negativa, desconoce cuál es el estatus básico de ciudadano en un Estado de Derecho⁹⁰.

b) La prevención negativa no es respetuosa con el principio de culpabilidad⁹¹. Lo

⁸⁸ BADURA, JZ 64, pp. 342 s., con más referencias; BENDA, Handbuch des Verfassungsrechts, p. 117, desde el punto de vista del Derecho constitucional; CEREZO, PG, pp. 30 s., con más referencias; HASSEMER, Einführung, p. 324; NEUMANN/SCHROTT, Neuere Theorien, p. 38. CEREZO, PG, p. 22, ha resaltado que « si el Derecho no quiere ser mera fuerza, mero terror, si quiere obligar a los ciudadanos en su conciencia ha de respetar la condición del hombre como persona, como ser responsable ».

⁸⁹ Apéndice a § 99: « El Derecho y la Justicia tienen sin embargo que tener su asiento en la libertad y en la autonomía de la voluntad y no en la falta de libertad a la que se orienta la amenaza. Si se fundamenta la pena de este modo se actúa como cuando se levanta un palo contra un perro, y el ser humano de acuerdo con su honor y su libertad, no debe ser tratado como un perro ».

⁹⁰ Ha sido reiteradamente puesto de manifiesto en nuestra doctrina el paralelismo entre motivacionistas y prevención general negativa: CARBONELL, Derecho penal, p. 62; MUÑOZ CONDE, en una nota a su traducción de ROXIN, Iniciación, p. 40; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, pp. 119 ss.; PEREZ MANZANO, Culpabilidad, pp. 120, 130 ss., 229.

CUELLO, ADP 82, p. 323, nota 79, señala como « la teoría de la motivación, de cierto arraigo en la doctrina penal española (Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde, Mir Puig), es una interpretación psicoanalítica de la pena y, en consecuencia, una teoría de la prevención general. Como teoría psicoanalítica, adolece de los defectos de unilateralidad e insuficiente constatación empírica común a todas las tesis psicoanalíticas sobre la criminalidad [...] Como teoría de la prevención general emparentada con la primera interpretación propuesta por Feuerbach, por su mayor proximidad al efecto de intimidación de delincuente potencial que al de fortalecimiento de la confianza del ciudadano no delincuente en la preservación del ordenamiento jurídico, es insuficiente para una política criminal hoy perentoria, no encaminada tanto a hacer desaparecer el delito como a crear cohesión social mediante una participación de la sociedad en los valores mínimamente necesarios para su mantenimiento ».

⁹¹ ANTON ONECA, Prevención, p. 92: « Si la intimidación es el objeto único de la pena, se llega a

decisivo de esta crítica es que al delincuente se le impone una pena, no por lo que ha hecho, sino para ser utilizado como ejemplo para que otros no delincan. La pena, por ello, no se determina de acuerdo con el hecho realizado, sino teniendo en cuenta el efecto intimidatorio que va a tener en los demás. Esto es así porque las penas se imponen sólo como demostración de la seriedad de la amenaza y para reforzar los mandatos y prohibiciones dirigidos a los ciudadanos. La doctrina alemana y española han recurrido reiteradamente a KANT para criticar esta posición: « En definitiva, el autor es utilizado en esta construcción como medio. No se amenaza con una respuesta a su hecho, sino que se le amenaza con ser utilizado como medio para intimidar a otros »⁹². ROXIN afirma que el sentimiento de justicia, que adquiere gran significado para la estabilización de la conciencia jurídica general, exige que nadie puede ser penado de forma más dura que lo que él se ha ganado; y lo que « se ha ganado » es sólo una pena proporcional a la culpabilidad. Pero desde el punto de vista de la prevención general negativa no se puede saber cuál es esa pena proporcional a la culpabilidad.

c) La prevención general negativa prácticamente no puede encontrarse límites a sí misma, por lo que conduce a un Derecho penal de alcance desmesurado y puede desembocar en un « reino de terror » bajo el lema « ley y orden » fácilmente manipulable⁹³. Por ello en los últimos tiempos se han buscado sus límites en la prevención general positiva. FEUERBACH ya había buscado límites en la teoría retributiva de KANT. Si no se encuentran límites a la intimidación, « el abuso de la pena como medio para intimidar a la población no se puede entender como aplicación del Derecho, sino como arbitrariedad »⁹⁴. Por ejemplo, el intento reciente de SILVA de

desligar el castigo de la culpabilidad. La transferencia de la responsabilidad a los familiares de los crimenes más graves, tan frecuente hasta los tiempos contemporáneos, perseguía aquella finalidad. Realmente el efecto terrorífico se logra también si la sanción recae sobre el inocente »; PEREZ MANZANO, Culpabilidad, pp. 40 ss.

⁹² E. A. WOLFF, ZStW 97, p. 798. En términos similares, HASSEMER, Einführung, p. 324; NEUMANN/SCHROTT, Neuere Theorien, p. 38; ROXIN, Problemas, pp. 18 s; SCHMIDHÄUSER, Sinn, p. 54.

En España, BUSTOS, PG, pp. 24 ss.; GARCIA-PABLOS, PG, p. 83, con más referencias; curiosamente, MIR PUIG, Introducción, p. 67, a pesar de defender la función de prevención general negativa ha asumido estas críticas de la doctrina alemana como válidas; MORILLAS, Teoría, p. 24; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, p. 157: « Un ordenamiento jurídico, para el que el particular no es objeto sino titular del poder estatal, no puede desnaturalizarle convirtiéndolo en medio de intimidación ».

S. T. S. de 5 de junio de 1991 (Pte. Bacigalupo): « El principio de culpabilidad [...] constituye una consecuencia institucional de tratar a las personas como medios y no como fines en sí mismos, es decir, del imperio de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social ».

⁹³ FRISCH, Stree/Wessels-FS, p. 85; GARCIA-PABLOS, PG, p. 85, con más referencias.

⁹⁴ BADURA, JZ 64, p. 343. El T. S. alemán insistió en esta idea en las sentencias que versaban sobre juicios celebrados en la época del III Reich: BGHSt 3, p. 120 y 4, p. 70.

derivar consecuencias garantistas de la prevención intimidatoria⁹⁵, no dista en lo sustancial de las aportaciones de FEUERBACH hace casi 200 años. Sin duda, la « teoría de la coacción psicológica » tiene el mérito de haber promovido la formulación del principio *nulla poena sine lege*⁹⁶. Ello es lógico, ya que para que la ley pueda cumplir su función de amenaza constante ha de ser *certa, stricta, scripta, praevia*. Pero el principio de legalidad no es más que un límite formal (da seguridad jurídica). Un sistema que atente contra las libertades individuales o un Estado totalitario puede ser también exquisitamente respetuoso con el principio de legalidad⁹⁷. El Estado de Derecho exige otros límites materiales que no se pueden encontrar en teorías que se basan en la « conminación penal abstracta »⁹⁸. Estos límites se han buscado en la prevención general positiva⁹⁹. Por ello es preciso acudir a la prevención general positiva como función fundadora del Derecho penal y no sólo como una teoría que desempeña un papel limitador de la responsabilidad

⁹⁵ Silva, Aproximación, apartado IV.

⁹⁶ CUELLO, Culpabilidad, p. 43.

⁹⁷ Como lo demuestra la práctica de ciertos estados fascistas o comunistas (GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 211, nota 8). Por ello SCHÜNEMANN, *Sistema*, p. 162, incurre en un craso error cuando afirma que « bajo la vigencia del principio de culpabilidad cabe argumentar a cualquiera que él, al actuar, sabía o podía saber qué le esperaba y que, en consecuencia, sólo recibe lo que pudo prever y evitar. Por tanto, únicamente el principio de culpabilidad autoriza al Estado a hacer responsable al individuo por sus delitos y a imponerle sanciones que afectan al núcleo de su personalidad ». SCHÜNEMANN confunde el principio de culpabilidad con el de legalidad y con el de seguridad jurídica. Pero así no se legitima la pena, ya que ésta puede ser absolutamente ilegítima de acuerdo con nuestros principios: un niño de 15 años puede saber o poder saber que el hurto en su Estado está castigado con la amputación de la mano derecha. Se trata una vez más de una confusión entre límites formales y límites materiales.

Por ello tampoco son atendibles las razones de CORDOBA, *Arm. Kaufmann-GS*, pp. 92 ss., al sugerir que el principio de culpabilidad (no el de proporcionalidad) ha de deducirse del principio de legalidad proclamado en el art. 25 C. E. Como ya he dicho, el principio de legalidad es una garantía formal para poder hacer responsable a alguien de un hecho penalmente relevante, pero no puede servir para fundamentar materialmente dicha responsabilidad. Por poner un ejemplo, los avances más importantes en la parte general del C. P. como consecuencia de la reforma parcial y urgente de 1983 vinieron inspirados por el principio de culpabilidad (en contra, GIMBERNAT, *Prólogo al C. P. de Tecnos*), no por el de legalidad, que en un sistema dictatorial puede ser respetado sin problemas. Como ha señalado CORDOBA, el principio de legalidad no impide que se puedan imponer penas absolutamente desproporcionadas por razones que, a lo mejor, no tienen nada que ver con el hecho realizado por el autor. Los presupuestos que legitiman la imposición de una pena son, por un lado, el principio de legalidad que está relacionado con los requisitos formales y, por otro lado, el principio de culpabilidad que está relacionado con los presupuestos materiales de la pena.

⁹⁸ GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, pp. 210 s., con más referencias.

La existencia de límites materiales más allá de los formales es algo que también ha ignorado el T. C. en su S. T. C. 105/1988 de 8 de junio (cuestiones de inconstitucionalidad sobre el art. 509 CP). El principio de legalidad no supone la característica principal de un Estado de Derecho. Es preciso que los presupuestos de la punibilidad respeten otros principios para dejar atrás los restos de tiempos totalitarios y poder internarse sin lastre en la dinámica propia de un Estado de Derecho.

⁹⁹ Sobre esta comprensión meramente limitadora de la prevención general positiva, MIR PUIG, *Función*, pp. 30 ss.; el mismo, *ADP* 86, pp. 56 ss.; el mismo, *PG*, pp. 57, 74; el mismo, *Sistema*, p. 30; MORALES, en QUINTERO, *PG*, pp. 89 ss.; MORILLAS, *Teoría*, pp. 25 ss.; PEREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 248 ss., 285 ss. y *passim*, que ha realizado el tratamiento más profundo de la prevención general positiva en la literatura española; SILVA, *Aproximación*, pp. 226 ss.

penal. Sobre todo si, como afirma SILVA¹⁰⁰, « todo lo que limita de hecho co-fundamenta ».

No se le puede negar cierta razón a los partidarios de la prevención general negativa¹⁰¹ en un sentido: la realidad nos demuestra como el legislador utiliza muchas veces el Derecho penal como arma intimidatoria, buscando el respeto a las normas a través del miedo. Pero estos autores reconocen que sólo la prevención general positiva logra limitar los excesos intimidatorios. Esto significa que la prevención intimidatoria motiva en la práctica la aparición de delitos o de ciertas formas de imputación, pero no puede justificar legítimamente la pena¹⁰². Y significa también que el aspecto positivo de la prevención no ocupa un papel secundario o residual, sino todo lo contrario. La prevención general positiva, a diferencia de la negativa, nos permite desvalorar los supuestos en los que el Derecho penal está cumpliendo una tarea ilegítima. Y de esta manera nos permite controlar el papel constitucional del Derecho penal. La prevención general negativa no se preocupa del papel constitucional del Derecho penal, sino sólo de describir como funcionan las normas de conducta: amenaza o conminación mediante leyes penales.

5. La función del Derecho penal consiste en asegurar la confianza general en las normas penales y mantener el respeto general a dichas normas¹⁰³. El ordenamiento

¹⁰⁰ Aproximación, p. 281.

¹⁰¹ En mi opinión, las versiones más acabadas de esta teoría en nuestra literatura son las de MIR, Función, pp. 30 ss., ADP 86, pp. 56 ss., PG, pp. 57, 74 y SILVA, Aproximación, pp. 226 ss. Tampoco se les puede negar el interés por legitimar constitucionalmente la función del Derecho penal. Pero para ello tienen que acabar acudiendo siempre a la prevención general positiva.

¹⁰² Por esa razón estoy de acuerdo con las consideraciones sobre los efectos político criminales de los delitos contra la Hacienda pública desde su primigenia regulación, que realiza BAJO, PE, XVII/8, respondiendo al supuesto fracaso del delito fiscal como medio de intimidación: « Desde este punto de vista no puede negarse que el viejo delito fiscal ha fracasado, si bien constituye un auténtico disparate el pretender juzgar la funcionalidad y virtualidad de una norma en función de la disminución o eliminación del hecho delictivo a consecuencia del carácter intimidante de la misma. Por la vía de exigir a la Ley penal que elimine la infracción fiscal, se cabará castigando cualquier incumplimiento de los deberes tributarios con graves penas de prisión, convirtiendo así a la Ley penal en instrumento idóneo de terror tributario. En realidad, lo que sucede es que se parte de una idea equivocada de la finalidad y función de la Ley penal en el conjunto del ordenamiento jurídico ».

¹⁰³ Numerosos autores en la época nacionalsocialista en Alemania consideraron que lo que caracteriza el delito es que consiste en una insoportable desaprobación o perturbación de la vida en comunidad o del orden jurídico-socialmente establecido: GALLAS, Gleispach-FS, pp. 52 s.; H. MAYER, Strafrecht des Deutschen Volkes, p. 195; el mismo, GA 84, pp. 77 s., 100; el mismo, PG, pp. 54 ss., con más referencias, mantuvieron una posición aparentemente cercana a la del texto. En España ANTON ONECA, Prevención, p. 97 y passim, se acercó a la posición de estos autores en la línea de una prevención general pedagógica o reafirmadora de la moral colectiva. Pero desde el punto de partida de este trabajo se trata de posiciones rechazables ya que le otorgan al Derecho penal una excesiva carga ética como modulador de la vida de la comunidad, de la que el ciudadano no es más que una parte integrante de la misma. El ciudadano es alguien que se define como una persona fiel a la nación. Por ello el delito se fundamenta en una actitud interna: la falta de fidelidad a la comunidad. En consonancia con esta visión totalitaria del Estado, éste se encuentra legitimado para entrometerse en los procesos de motivación interna del ciudadano. El Estado (personificado por el « Führer ») es el intérprete supremo del « espíritu del pueblo ». Por el contrario, la posición que se quiere mantener en el texto es una posición éticamente aséptica que no se inmiscuye en el mundo valorativo privativo del ciudadano. Con la función esencial del mantenimiento de la confianza y

jurídico-penal defiende las reglas fundamentales de convivencia en el marco de los principios y valores de nuestro Estado social y democrático de Derecho. La doctrina más moderna considera que esa función sólo se puede conseguir a través de la prevención general positiva¹⁰⁴. Esta última gran formulación contemporánea de la función social del

del respeto externo basta y sobra. Los componentes etizantes sólo son propios de estados totalitarios o fundamentalistas. La posición más radical sería la expuesta por la escuela de Kiel (DAHLM, SCHAFFSTEIN), para la que el delito no es más que « infracción de un deber » de fidelidad como integrante del Estado, no es más que una traición, un no acomodarse al « orden moral del pueblo », ya que el mantenimiento de éste es la principal función del Derecho penal. Para estos autores el delito no es más que un quebrantamiento por parte del individuo de la fidelidad debida al pueblo. ANTON ONECA, Prevención, p. 61, reflejó de forma magistral la filosofía de esta corriente alemana durante el nacionalsocialismo: « Para la nueva dirección germánica toda pena es contra el honor, pues consistiendo el delito en la infracción de un deber de fidelidad a la ley y al pueblo alemán, éste responde declarando al reo indigno de figurar, perpetua o temporalmente, en la comunidad del pueblo ». Sobre este aspecto, en profundidad, AMELUNG, Rechtsgüterschutz, pp. 216 ss.; el mismo, Recht, p. 275; LAMPE, Unrecht, pp. 37 ss., como momento de la evolución del concepto de injusto; POLAINO, Bien jurídico, pp. 172 ss. En un sistema de libertades en el que el Estado respeta la esfera íntima de cada ciudadano, la concepción etizante de la escuela de Kiel (cfr. sobre esta escuela BUSTOS, PG, pp. 49 s.; JAKOBS, PG, 2/18; POLAINO, Bien jurídico, pp. 164 ss.) es inaceptable.

¹⁰⁴ ACHENBACH, Grundfragen, pp. 142 ss.; AMELUNG, Rechtsgüterschutz, p. 1, pp. 367 ss.; el mismo, Recht, p. 269; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 175 ss.; FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 80 ss., 88 ss., 107 s.; FRISCH, Vorsatz, pp. 48 ss., 100, 102 y passim; el mismo, Strafbarkeitsvoraussetzungen, p. 241; GALLAS, Beiträge, pp. 1 ss.; JAKOBS, Schuld und Prävention, pp. 8 ss.; el mismo, PG, 1/4 ss.; el mismo, ZStW 101, pp. 516 s.; el mismo, ADP 92, pp. 1073 ss.; KINDHÄUSER, Gefährdung, pp. 29 ss., 154 ss., 343 ss.; el mismo, GA 94, p. 201; KLESCZEWSKI, Rolle der Strafe, p. 177: « Injusto merecedor de pena en la sociedad de libertades no es más que el peligro de la confianza general en la validez de la norma, interpretada a través de la lesión de determinados bienes jurídicos », pp. 232 ss. y passim; LESCH, Beteiligung, pp. 246 ss.; el mismo, JA 94, pp. 596 ss.; MAIWALD, Wiedergutmachung, pp. 70 ss., utilizando como sinónimo la expresión « retribución relativa », explica la prevención general positiva como una teoría relativa de la retribución. ; MEYER, Studienbuch, 3 I 2; MÜSSIG, Schutz, pp. 137 ss., desde una concepción más sociológica del Derecho que la del texto; NOLL, Mayer-FS, passim; RÖTTGER, Unrechtsbegründung, p. 272 y passim; SCHILD, AK, antes de 13/37; SCHÜNEMANN, GA 86, p. 305; el mismo, NSZ 86, pp. 194 s., con más referencias, aunque también desde una posición más sociológica o más relacionada con la psicología social; el mismo, Chengchi Law Review, p. 263, al lado de la prevención general negativa; el mismo, Schmitt-FS, p. 137; VEHLING, Vorbereitung und Versuch, pp. 87 ss.

Desde una posición más sociológica: HASSEMER, Hauptprobleme, pp. 51 ss.; el mismo, AK, antes de 1/429 ss.; el mismo, Einführung, pp. 324 ss.; el mismo, Fundamentos, pp. 391 ss.; el mismo, Doxa 90, p. 186; el mismo, Responsabilidad por el producto, pp. 190 s., con más referencias: « las metas preventivas del sistema penal no pueden alcanzarse con la intimidación de los posibles delincuentes, sino con la información dirigida a todos los ciudadanos. Las posibilidades del Derecho penal de afirmar y asegurar de forma constante y sólida, de modo que al mismo tiempo se respeten con firmeza los principios y garantías constitucionales y las normas fundamentales que constituyen el núcleo normativo de nuestra convivencia, residen en algo diferente a la idea de « coacción psicológica » o del miedo provocado con una amenaza carente de justificación empírica y normativamente insoportable. El Derecho penal sólo puede erigirse en ejemplo a seguir para la regulación de conflictos cotidianos y constituirse en motivo para que los ciudadanos internalicen el mensaje penal y se rijan por el mismo a través de una prevención general positivamente entendida; en ella residen las posibilidades preventivas del moderno Derecho penal en una sociedad de individuos adultos que no aceptan un Derecho penal amenazante sino que desean ser convencidos por éste », añadiendo en nota 4 que « la prevención general positiva entendida como reforzamiento de la vigencia de las normas jurídicas frente a la infracción cobra cada día mayor importancia, aunque en el fondo es una mezcla de la idea de retribución y de prevención general, descargando a ésta de su carácter puramente intimidatorio y aquélla de su carácter absoluto, abstracto o metafísico »; HERZOG/NESTLER-TREMEL, StV 87, p. 369; LÜDERSEN, Hauptprobleme, pp. 54 ss.

Derecho penal es fruto indudable de nuestro actual estadio cultural¹⁰⁵ e, indudablemente, cada vez cobra un mayor peso en la literatura especializada¹⁰⁶.

En un primer momento puede parecer peligroso reconstruir sistemáticamente la teoría jurídica del delito a partir de un único punto. Pero una construcción sistemática que pueda ofrecer una solución correcta de los diversos problemas exige un único principio fundamentador. Lo contrario supone una superposición de fines y funciones que no pueden dar sentido y unidad a las diversas partes de la teoría jurídica del delito. CALLIES¹⁰⁷ ha señalado dos ventajas que tiene el hecho de individualizar una única teoría de la pena frente a « las teorías de la unión » en todas sus variantes¹⁰⁸, que en palabras de este autor « forman un guiso en el que todo se mezcla y se declara lo incompatible como compatible ». La primera es que no existe la imprecisión propia de fusionar principios que se excluyen¹⁰⁹ y, en segundo lugar, posibilita una mayor efectividad del Derecho penal al concentrar la legitimidad de la pena en una única función. CALLIES considera que con una opción como la que aquí se ha tomado, se consigue claridad y simplicidad.

Evidentemente, con la utilización de la etiqueta prevención general positiva no

Dos autores de tan decisiva influencia en nuestro país como ROXIN, Política criminal, pp. 46 s. y su discípulo SCHÜNEMANN han ido acercándose progresivamente (vid. ROXIN, Bockelmann-FS, pp. 305 s., PG, 3/21 ss. y Wiedergutmachung, p. 48) a una posición cercana a la que se mantiene en este trabajo, aunque su visión de la prevención general integradora no se encuentre desligada de posiciones más fácticas como las sociológicas o psicológico-colectivas.

Una posición peculiar en nuestra doctrina ocupa CEREZO, PG, pp. 30 ss., que fuertemente influenciado por las primeras páginas del manual de WELZEL, considera que la prevención general desempeña una tarea de ejemplaridad y « sólo en segundo término (cuando se trata de infracciones de carácter político o económico irrelevantes desde el punto de vista ético-social o cuya relevancia sea escasa) en la intimidación » (p. 31).

En contra de la función de prevención general positiva como fundamentadora del papel constitucional del Derecho penal: BARATTA, CPC 84, p. 535 y passim; MIR PUIG, ADP 89, pp. 52, 56 s.; MORALES, en QUINTERO, PG, pp. 88 ss.; PEREZ MANZANO, Culpabilidad, pp. 248 ss., con más referencias; ZAFFARONI, L-H Fdez. Albor, pp. 759 ss. En la doctrina alemana, recientemente, KORIATH, Grundlagen, pp. 243 s.

¹⁰⁵ Sobre la intensa relación entre teorías de la pena y época histórica en la que son formuladas, BOCK, JuS 94, pp. 90 ss.; NEUMAN/SCHROTT, Neuere Theorien, pp. 10 s.

¹⁰⁶ SILVA, Aproximación, p. 229.

¹⁰⁷ NJW 89, p. 1339.

¹⁰⁸ La más extendida la « teoría dialéctica de la unión » de ROXIN (PG, 3/36 ss., 53).

¹⁰⁹ Por ejemplo, el concepto de culpabilidad y el de peligrosidad en el que se basa la prevención especial. O la prevención general negativa con su visión psicológica y negativa del ciudadano y la prevención general positiva que parte de una visión normativa y positiva del mismo.

GARCIA-PABLOS, PG, p. 111, señala como el punto más débil de las « teorías de la unión » « reside en el ámbito « metodológico ». Porque el intento de paliar los defectos de las teorías absolutas y relativas a través de la mera « yuxtaposición » o « adición » de los fines de cada una de ellas -sin ningún otro criterio rector- conduce necesariamente al fracaso. La mera acumulación, por otra parte, destruye la lógica interna y la coherencia de cada una de las teorías que inútilmente tratan de armonizarse, con lo que en lugar de subsanarse los defectos que presentaban, se multiplican éstos. No se puede reconciliar lo irreconciliable, ni tratar de reconducir a un sistema fracciones « disfuncionales » entre sí ».

hemos resuelto los problemas de legitimidad. Es preciso demostrar que esta función es compatible con el concepto de persona que tiene el Derecho, aspecto poco tratado por los partidarios de esta teoría¹¹⁰. A partir del concepto de persona, podré ocuparme posteriormente del fundamento de la culpabilidad y de la reconstrucción del injusto personal de manera que el delito imprudente no suponga definitivamente un cuerpo extraño.

6. El orden jurídico, social y político sólo se puede constituir a partir de un presupuesto mínimo: el reconocimiento recíproco como iguales. Es decir, « reconocer a los otros como otro yo »¹¹¹ de una forma vinculante. En palabras de HEGEL, « El mandato jurídico es: Sé una persona y respeta a los demás como persona »¹¹². A partir de ese reconocimiento surge el mundo del Derecho como algo vinculante construido a través de la comunicación¹¹³. Sin ese reconocimiento no es posible constituir una comunidad jurídica. Esta surge del reconocimiento recíproco de reglas. Mediante este reconocimiento del otro como un igual se construye algo objetivo que supera el *bellum omnium contra omnes*¹¹⁴. Sólo en un estado natural o presocial se podría comportar uno pensando sólo

110 Recientemente, JAKOBS en su reciente trabajo *Sociedad, norma y persona* ha intentado tratar este aspecto básico para una interpretación sistemática del Derecho penal que hasta entonces había obviado. KINDHÄUSER, ZStW 107, pp. 707 ss., considera que hasta este trabajo esta es la principal objeción al sistema de JAKOBS.

111 DÜRIG, Grundgesetz Kommentar, art. 1 I/ 18, desde una perspectiva constitucionalista; LUHMANN, Rechtssoziologie, p. 33; HABERMAS, Sprachspiel, pp. 334 s.; SCHILD, JZ 80, p. 598; STRENG, ZStW 101, pp. 297 ss., 332, considera no libre al que en su conducta no pueden volver a reconocerse los ciudadanos, por lo que no es preciso que se le adscriba culpabilidad.

112 HEGEL, Grundlinien, § 36: « El mandato jurídico es: sé una persona y respeta a los demás como persona »; Vid. además, ALVIRA, Versuch, p. 284; KANT, Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, §§ B y C; KINDHÄUSER, GA 89, pp. 494 s., 500, denomina a esta reciprocidad justicia; el mismo, Gefährdung, p. 41; KÖHLER, Begriff der Strafe, pp. 44 ss.; el mismo, Fahrlässigkeit, pp. 209 ss.; LUHMANN, Rechtssoziologie, p. 33; OTTO, ZStW 87, p. 557; SCHILD, AK, antes de 13/56; WELZEL, PG, p. 153; el mismo, Abhandlungen, p. 336; E. A. WOLFF, ZStW 97, pp. 811 ss., a partir de las aportaciones de FICHTE, KANT y HEGEL; ZACZYK, Unrecht, p. 165, a partir de las aportaciones de FICHTE y KANT.

Sobre la filosofía de HEGEL con respecto al « reconocimiento recíproco », KLESCZEWSKI, Rolle der Strafe, pp. 26 ss.

113 LUHMANN, Grundrechte, pp. 25, 60 ss.: « Comunicación es el proceso social elemental de la construcción de sentido en el contacto entre los hombres, sin el que no son concebibles ni las personalidades ni los sistemas sociales ».

Por esa razón sólo el ser humano como persona social y no como ente natural es destinatario de las normas jurídicas (cfr. JAKOBS, Arm. Kaufmann-GS, p. 287, explicando las diferencias entre su sistema y sus premisas y el sistema y las premisas de KAUFMANN).

114 Al respecto HOBBS, Leviatan, Caps. XIII ss. Esta obra marca el inicio del pensamiento positivista moderno. La legitimación del sistema social ya no se basa en los dioses o en el Derecho natural. La legitimación del Estado se basa utilitariamente en que el orden estatal siempre se ha de mostrar para sus ciudadanos como la menos mala de todas las alternativas.

Vid. también CEREZO, AP 93, p. 187; el mismo, PG, p. 22; H. MAYER, Engisch-FS, p. 59; E. A. WOLFF, ZStW 97, pp. 814 ss., sobre la « constitución de la comunidad jurídica » frente al estado natural donde prima la subjetividad.

en sí mismo y sin tener nada más en cuenta. Con el reconocimiento de al menos una regla común, surge la libertad en sentido abstracto o normativo. El Derecho, mediante un procedimiento unificador, reconvierte el conjunto de arbitrariedades subjetivas en libertad abstracta. La libertad en sentido normativo tiene límites de los que carece la « libertad salvaje » del estado natural¹¹⁵. Sobre esa reciprocidad vinculante¹¹⁶ se constituye el Derecho a través de la comunicación entre iguales¹¹⁷. Ese reconocimiento de igualdad se denomina en nuestro ordenamiento jurídico *dignidad*, que se constituye como « fundamento del orden político y de la paz social » (art. 10 I C. E.)¹¹⁸. Alguien es persona

¹¹⁵ ROUSSEAU, Cap. VIII del Libro Primero: « es preciso distinguir la libertad natural, que no tiene más límite que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general ».

Sobre la constitución de la libertad normativa, como una libertad que es siempre libertad de los otros, ZACZYK, Unrecht, pp. 128 ss.

¹¹⁶ HABERMAS, La lógica de las ciencias sociales, pp. 346 s.; el mismo, Sprachspiel, pp. 333 ss.; KRATZSCH, Verhaltenssteuerung, pp. 350 ss., con abundantísima bibliografía; LUHMANN, Grundrechte, p. 59: « Es cierto que el hombre es libre, o mejor dicho, que tiene derecho a la libertad, pero ha de respetar los derechos de los otros; es cierto que tiene derecho a la propiedad, pero tiene que aceptar para el disfrute de su propiedad compromisos sociales »; el mismo, Rechtssoziologie, p. 33; LUZON, ADP 89, p. 16, con más referencias; MAIHOFER, JuS 63, pp. 168 s., con una curiosa referencia al mismo principio en ciertos órdenes o concepciones morales o religiosas (Confucio, los 7 sabios de Grecia, Viejo testamento, Jesucristo en el sermón de la montaña, imperativo categórico kantiano); VEHLING, Vorbereitung und Versuch, p. 93; E. A. WOLFF, Gallas-FS, pp. 214 ss.; el mismo, ZStW 97, pp. 806 ss., a partir de la conocida fórmula del imperativo categórico kantiano « actúa sólo conforme a aquella máxima que puedas querer que se convierta en una ley general ».

¹¹⁷ KLESCZEWSKI, Rolle der Strafe, pp. 156 ss., desarrollando de una forma brillante las construcciones de HEGEL sobre la « sociedad civil » (*bürgerliche Gesellschaft*).

¹¹⁸ El concepto de dignidad que interesa aquí es el concepto jurídico, no un concepto prejurídico u ontológico como característica o propiedad innata del ser humano.

No es una idea nueva. Diversos autores han intentado desarrollar un concepto ametafísico y normativo de dignidad: GIESE, Das Würde-Konzept, pp. 62 ss.; LUHMANN, Grundrechte, pp. 68 ss.; OEMÜLLER, Schwierigkeiten mit dem Schuldbegriff, pp. 15 ss.; SCHILD, AK, antes de 13/34, 54; SCHOLZ, Koalitionsfreiheit, pp. 70 ss.

PODLECH, AK, art. 1 par. 1º/2 resalta como en la filosofía antigua dignidad no sólo significaba la « caracterización de cada hombre » sino también « la posición social dentro de la sociedad ». HEGEL, Grundlinien, § 40 explica como persona (=dignidad) en Derecho romano suponía un estatus (cúmulo de derechos y deberes) contrario a la esclavitud, los niños o los inimputables (*capitis diminutio*). El tráfico social sólo existía para los que disfrutaban de dicha personalidad.

El reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona como un fundamento material de nuestro orden jurídico coincide con una dirección idéntica en los sistemas constitucionales similares al nuestro. Así, por ejemplo, el art. 10. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre o el art. 1º de la Constitución alemana. En las partes más civilizadas del planeta ya a nadie se le ocurre fundamentar el orden político más allá de lo que puede legitimar el hombre como tal, es decir, en poderes divinos o celestiales.

S. T. C. 53/1985 de 11 de abril (fto. jco. 8º): « La dignidad se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás ».

CEREZO, AP 93, p. 194, fundamenta constitucionalmente el principio de culpabilidad en el art. 10. Al mismo tiempo intenta ofrecer contornos claros al concepto de dignidad en la p. 188: « Se sigue aquí, por tanto, un criterio distinto al que mantienen los iusnaturalistas, según los cuales, todo precepto que sea contrario a un pretendido Derecho natural carece de obligatoriedad. El respeto a la dignidad de la persona humana aparece en la mencionada corriente de la moderna Filosofía del Derecho europeo, como un límite inmanente al Derecho positivo. Se considera, como hacía ya Radbruch, que no hay más Derecho que el Derecho positivo, pero no todo Derecho positivo es Derecho ».

cuando es reconocido como un igual en un determinado orden social. Se le reconoce la capacidad de determinarse conforme a valores, lo cual comporta el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad¹¹⁹. Ese reconocimiento por parte de los otros, esa « dignificación », conlleva el reconocer a los otros integrantes del orden social también como iguales; es decir, como sujetos que tienen los mismos deberes y derechos que uno mismo. Pero en una sociedad compleja ya no es posible el reconocimiento individualizado. Por eso ese reconocimiento de los demás se ve sustituido por el reconocimientos de las normas. La dignidad o el ser reconocido como integrante del sistema social, conlleva el reconocimiento recíproco de un ámbito de autodeterminación que va variando en función de la configuración y evolución de la realidad social¹²⁰. Los derechos públicos y privados son concretizaciones institucionalizadas del reconocimiento de la dignidad. Al Estado le corresponde su potenciación y, sobre todo, su protección.

7. La dignidad, en sentido normativo, conlleva el principio de autonomía o autodeterminación de los ciudadanos¹²¹. El ciudadano se define como tal cuando detenta la competencia exclusiva sobre sus decisiones. Este principio presupone el respeto de los ciudadanos al Derecho. Sin esa adscripción de respeto a las normas no sería posible que el Estado respetara esa competencia privativa del ciudadano para tomar decisiones y actuar de acuerdo con ellas. No es comprensible la libertad sin esa atribución de responsabilidad en virtud de un deber irrenunciable como ciudadano, como persona en el Derecho¹²². Hasta donde llega el reconocimiento de autodeterminación llega la

119 VIVES, PE, p. 335.

120 MIR PUIG, L-H H. KAUFMANN, p. 369, está de acuerdo en que el concepto de dignidad humana depende del contexto histórico-cultural.

121 DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 179; DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, art. 1 I/18; KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, pp. 192 ss.; VEHLING, *Vorbereitung und Versuch*, p. 100.

RGUEZ. MOURULLO, PG, p. 227: « Nuestro orden social y jurídico responde al principio, consagrado como clave en la época del Estado liberal de Derecho, de que cada uno posee una propia parcela de señorío, dentro de cuyos límites es autónomo ».

Sobre el principio de autonomía: KINDHÄUSER, *ZStW* 107, pp. 718 ss.; LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 63 ss.; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 1 ss.

Sobre los conceptos de libertad y autonomía en KANT y HEGEL, la clásica monografía de LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 17 ss., 39 ss. KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, pp. 133, 199 ss., realiza un estudio filosófico de gran calado a partir de las concepciones del idealismo alemán (KANT y HEGEL fundamentalmente). En la interesantísima, aunque no compartida en este trabajo, línea de este autor han profundizado otros autores: SCHILD, AK, antes de 13/49 ss., expone también una teoría material del delito desde las concepciones del idealismo alemán, más comprensible que la anterior, a partir del concepto de autorresponsabilidad; ZACZYK, *Unrecht*, pp. 128 ss.

122 ACHENBACH, *Grundfragen*, p. 150, utiliza la expresión « adscripción social de poder »; LESCH, *JA* 94, p. 515: « Una persona que disfruta de un espacio de libre autodeterminación asume con ello siempre la responsabilidad por las consecuencias de una administración deficiente. Existe un sinalagma entre autodeterminación y autorresponsabilidad, entre el derecho a disfrutar de ámbitos de libertad y el deber de cargar con los costes por ello; libertad sin responsabilidad ya no es libertad personal, sino nada más que pura arbitrariedad ».

responsabilidad¹²³. A toda persona imputable se le presupone el tomar en cuenta las reglas vinculantes de conducta a la hora de tomar sus decisiones. Si el ciudadano no quiere vivir en un sistema dictatorial en el que se le organice la vida o ser objeto de una intimidación permanente debe asumir la atribución de responsabilidad o de capacidad de imputación como coste de su libertad¹²⁴. El ámbito de autonomía que disfruta un ciudadano es equivalente a su ámbito de responsabilidad. La libertad de organización que tiene cada ciudadano sólo es posible « gravando » al ciudadano (persona imputable) con la disposición a comportarse de acuerdo con las normas y haciendo de esta disposición un asunto particular. Esta disposición a respetar las normas es un presupuesto fundamental del estatus de ciudadano. El concepto de acción en sentido normativo es, pues, el ejercicio de la libertad de actuación. Las acciones son siempre realizaciones, externalizaciones o expresiones de sentido de la voluntad o de las decisiones de una persona¹²⁵. Por esa razón en supuestos claros en los que falta una actuación libre

123 -----
LESCH, JA 94, p. 515, en referencia a HEGEL: « La responsabilidad por las consecuencias es el reverso necesario de la libertad de organización »; LUHMANN, Grundrechte, p. 64: « Libertad e imputación designan el mismo problema »; VEHLING, Vorbereitung und Versuch, p. 100: « La imputación se corresponde con la libertad para configurar la realidad social ».

124 KINDHÄUSER, ZStW 107, p. 714.

125 H. MAYER, PG, p. 132.

La diferencia con un concepto psicológico de acción como el del finalismo radica en la normativización de un concepto de persona. De esta manera la acción humana no se caracteriza por una decisión de acuerdo a fines (ello no nos diferencia de algunos seres irracionales), sino por una decisión de acuerdo a valores. Ello tiene como consecuencia que los diversos modelos de imputación no se orientan de acuerdo con la psicología general, sino de acuerdo con valores generales. Aquí radica la ruptura definitiva con el concepto de acción propia del finalismo. Lo dicho aquí no significa negar que las diversas personas, de acuerdo con sus preferencias, eligen fines y medios para conseguir esos fines.

Este es el *genus proximum* que aglutina las múltiples formas de manifestarse un delito recogidas en nuestro Derecho positivo. La doctrina mayoritaria le exige tal característica al concepto: JESCHECK, Eb. Schmidt-FS, pp. 140 ss.; MAIHOFFER, pp. 6 ss.; PUPPE, NK, antes de 13/38 ss.; RGUEZ. MOURULLO, Omisión, p. 7; ROXIN, PG, 8/1 ss.

La ciencia jurídico-penal hace tiempo que viene poniendo de manifiesto que el concepto de acción es un concepto relativo que por sí solo no ocupa un lugar dentro de la teoría jurídica del delito: v. BUBNOFF, Entwicklung, pp. 149 ss.; BUSTOS, PG, p. 151; COBO/VIVES, PG, pp. 286 s.; GALLAS, ZStW 67, pp. 12, 14 s.; GOMEZ BENITEZ, PG, pp. 91 ss.; HUERTA, CPC 82, pp. 254 s., con referencias a GALLAS, ARM. KAUFMANN y ROXIN; JAKOBS, PG, 6/67; JESCHECK, LK, antes de 13/25, con más referencias; MIR, PG, p. 173: « La discusión doctrinal en torno al concepto de acción, ha sido en los últimos tiempos tan intensa que se ha exagerado la importancia de dicho concepto para la teoría del delito »; NOLL, PG, pp. 70 s.; OCTAVIO/HUERTA, PG, p. 24; OTTO, PG, 5 IV 3; RADBRUCH, Frank-FG, p. 155; ROXIN, ZStW 80, pp. 699 s.; el mismo, Radbruch-GS, pp. 262 ss.; el mismo, ZStW 82, p. 681; SCHILD, GA 95, pp. 117 ss.; SCHMIDHÄUSER, PG, 7/33; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, p. 31; WOLTER, Zurechnung, p. 22.

GIMBERNAT, Estudios, p. 210, con abundante bibliografía, pone de manifiesto un movimiento doctrinal al que se intenta sumar este trabajo: « desde mediados de los sesenta la discusión da un giro imprevisto: la teoría social inicia una marcha triunfal, entierra al causalismo y al finalismo, y afirma que hay que dejarse de ontologías, de naturaleza de las cosas y de estructuras lógico-reales, dado que el concepto de acción sólo puede ser « útil » y « fecundo » para el Derecho penal si se le entiende como un concepto normativo ».

Entre los partidarios de la « doctrina social de la acción » y autores no finalistas se ha extendido la comprensión de la acción como « unidad funcional de sentido social »: DONATSCH.

hablamos de supuestos de ausencia de acción (fuerza irresistible, sonambulismo, movimientos reflejos, etc.). Para hablar de delito hemos de referirnos a un uso defectuoso de la libertad de actuación que conlleva la imputación de una pena.

V. El fundamento de la culpabilidad (sobre la función constitucional de la teoría jurídica del delito)

1. El fundamento de la culpabilidad está estrechamente unido al concepto de persona¹²⁶. Si el concepto de persona es un concepto normativo-valorativo, el de

Sorgfaltsbemessung, pp. 9 ss., con abundantes referencias; MAIHOFER, Handlungsbegriff, pp. 4 ss.; el mismo, Eb. Schmidt-FS, pp. 170 ss.; el mismo, ZStW 70, pp. 166 ss., 184; OEHLER, Zweckmoment, p. 15; RGUEZ. MOURULLO, PG, pp. 209 ss.: « La acción es un comportamiento dependiente de la voluntad humana que aparece como una unidad de sentido social »; ROXIN, ZStW 74, p. 517; SCHMIDT, Engisch-FS, pp. 340 s. Es preciso recordar que WELZEL en sus primeros tiempos había afirmado que « la materia del Derecho penal es la acción como fenómeno social » (Abhandlungen, p. 130).

Sobre un concepto de acción en sentido amplio como proceso social y comunicativo: HEGEL, Grundlinien, § 113; JAKOBS, Arm. Kaufmann-GS, pp. 273 ss., 279 ss., en oposición a la posición de KAUFMANN que entendía la acción como un proceso psicológico interno; el mismo, Handlungsbegriff, pp. 27 ss.; LUHMANN, Grundrechte, pp. 26, 60 ss.; el mismo, Soziale Systeme, pp. 193, 203 ss., 228 ss.

La escasa importancia del concepto de acción en la doctrina moderna ha hecho que el eje del injusto haya pasado del concepto de acción del finalismo al concepto de conducta típica: BUSTOS, Control, pp. 215 ss.; HUERTA, CPC 82, p. 255, de acuerdo con las tesis de ROXIN: « Ello supone el abandono, por innecesario, de un concepto superior de acción que sirva de base y de enlace a las restantes características del delito, y su sustitución por una teoría del tipo en la que la acción -u omisión- no tengan otro sentido que el de « acción típica »; JORGE BARREIRO, Imprudencia, p. 36, con abundantes referencias: « Con ello se viene a aceptar y seguir la tendencia doctrinal -representada por un importante sector de la dogmática penal actual- de sustituir el concepto de acción por el de la tipicidad, como punto de partida ». Es preciso destacar la importancia de la « doctrina social de la acción » en esta evolución, como precedente más directo de la « teoría tradicional de la imputación objetiva » capitaneada por ROXIN. El concepto de acción es un concepto entresacado del Derecho positivo que forma parte del concepto de tipo de injusto.

¹²⁶ Sobre el tema de la relación entre dignidad y culpabilidad me remito a GIESE, Das Würde-Konzept, pp. 66 s. P. 66: « Mientras la culpabilidad designa el reproche por la conducta desaprobada, la dignidad significa la estimación de la conducta deseada, en cierta manera que tiene éxito. La dignidad es la autodemstración que tiene éxito, culpabilidad es la que fracasa »; SCHILD, AK, 20, 21/52 ss.

El T. C. federal alemán ha reconocido el principio de culpabilidad, sentando una jurisprudencia constante desde finales de los años 50, conforme a la cual el principio de culpabilidad se halla establecido en la Constitución, especialmente a partir de los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y de la idea del Estado de Derecho (cfr. CEREZO, AP 93, p. 194; DÜRIG, Grundgesetz Kommentar, art. 1 I/32; HIRSCH, ZStW 106, p. 746; ROXIN, PG, 19/45, 47; SCHREIBER, Ende, p. 281; SCHÜNEMANN, Sistema, p. 148; TIEDEMANN, REDC, p. 147).

Nuestro T. C. posteriormente ha derivado el principio de culpabilidad de la dignidad reconocida por la C. E. a todo ciudadano (SS. T. C. 65/1986, de 22 de mayo y 150/1991 de 4 de julio), al igual que nuestro T. S. (S. de 6 de abril de 1990 -Pte. Delgado-; 6 de abril de 1990, 17 de julio de 1990, 5 de julio y 28 de octubre de 1991 -Pte. Bacigalupo-).

Sobre las consecuencias de esta opinión en la doctrina alemana, BADURA, JZ 64, passim.

Una postura cercana en ROXIN, PG, 3/49, al afirmar que la culpabilidad se basa en que el Estado de Derecho trata al ciudadano como si fuera libre y responsable.

La posición contraria en HIRSCH, ZStW 106, p. 764 y passim, que defiende una fundamentación ontológica del principio de culpabilidad, aunque considera que « en la realidad social las personas se tienen en cuenta, conciben y tratan a sí mismos como indeterminados » y « que a partir de este fundamento

culpabilidad también ha de ser un concepto normativo-valorativo construido para satisfacer ciertas necesidades sociales. Ya no es posible una fundamentación ontológica o meramente psicológica de la culpabilidad. En el concepto de culpabilidad se encuentran recogidos el conjunto de requisitos o criterios de imputación que son necesariamente presupuesto de la pena.

2. La prevención general positiva, partiendo del concepto constitucional de persona, permite darle un contenido a la idea de retribución. Y permite respetar el principio de culpabilidad¹²⁷ al conseguir que el autor responda sólo por lo que ha hecho. Ya no es preciso basar el principio de culpabilidad en el libre albedrío, lo que ha conducido a este principio a una crisis. Por ello es preciso destacar, como ya han hecho multitud de autores, que lo que ha podido estar en crisis es una determinada concepción tradicional de la culpabilidad, no la función del principio¹²⁸. Con una visión normativa del principio de culpabilidad que se basa en el principio de autodeterminación o autonomía como un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico se satisfacen aquellas necesidades que modernamente se han pretendido cumplimentar con otros principios: justicia, proporcionalidad, humanidad, igualdad, salvaguarda de la dignidad humana.

regulan, de acuerdo con su representación, la relación con el exterior ».

127 El principio de culpabilidad carece de un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico. Pero se puede deducir del conjunto de reglas de imputación contempladas en la parte general del C. P.: arts. 5, 14, 19, 20, etc. Para la doctrina mayoritaria el principio de culpabilidad es un principio político criminal básico.

Como ha puesto en evidencia RGUEZ. MOURULLO, Comentarios al C. P. M., la expresión « no hay pena sin dolo o imprudencia » no implica que « se encuentre consagrado el principio de culpabilidad sino tan sólo el principio de responsabilidad subjetiva, que es cosa distinta ». En este mismo sentido, GRACIA, AP 93, p. 551, con más referencias. Pero lo importante es que aunque el principio de culpabilidad no se encuentre recogido en un precepto como principio político criminal su plasmación práctica en nuestro C. P. es evidente. Identificar dolo e imprudencia con culpabilidad obedece a la concepción psicológica de la culpabilidad propia del causalismo naturalista ampliamente superada. RGUEZ. MOURULLO, Caso fortuito, p. 92, señala como « el principio de responsabilidad subjetiva no se puede identificar, como es obvio, con el principio de culpabilidad, salvo si se regresa a la abandonada teoría psicológica que veía ya en el dolo o la culpa « toda » la culpabilidad. Desde la concepción normativa no cabe establecer semejante identificación ». En este sentido, S. T. S. de 5 de julio de 1991 (Pte. Bacigalupo): « En este sentido reducir el principio de culpabilidad a la conocida premisa « no hay pena sin dolo o culpa », como si éste fuera todo el contenido del mismo, importa una mutilación muy importante de su alcance. En efecto, este principio no agota su contenido en las exigencias de algunos elementos del concepto dogmático de culpabilidad que es propio de una determinada teoría del hecho punible ». Vid. también, COBO/VIVES, PG, p. 412.

128 OCTAVIO/HUERTA, PG, p. 294; ROXIN, PG, 19/43 ss., en su respuesta a los que propugnan que desaparezca el principio de culpabilidad de la dogmática jurídico-penal; el mismo, Política criminal, p. 140; ZUGALDIA, Evolución, p. 567.

Es sobradamente conocida la posición de GIMBERNAT, Estudios, pp. 140 ss.; el mismo, Prólogo a la 1ª ed. de su C. P. en la ed. Tecnos, reproducida en ediciones posteriores, seguida por LUZON, Medidas, pp. 21 ss., contraria al principio de culpabilidad como fundamento y límite de la pena, debiendo atenderse única y exclusivamente a las exigencias de la prevención especial y de la prevención general.

Para una visión de la doctrina mayoritaria, GRACIA, AP 93, p. 552 y passim; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, p. 204; STRATENWERTH, PG, nº marg. 27.

etc.¹²⁹ Por ello es preciso desarrollar una teoría funcional de la culpabilidad como presupuesto de la pena si se quiere que este principio sea algo más que una mera declaración formal¹³⁰. El principio de culpabilidad desempeña una función social en nuestro orden constitucional¹³¹. No es preciso vincular la idea de retribución con una

129 Sobre estos principios, BACIGALUPO, PG, pp. 29 ss.; SILVA, Aproximación, pp. 242, 259 ss. Vid. también BUSTOS, PG, p. 56, que le asigna al « principio de la dignidad de la persona » una función equivalente a la del principio de culpabilidad; MIR PUIG, ADP 86, p. 58; el mismo, L-H H. KAUFMANN, pp. 369, 373 s., 382; el mismo, Sistema, p. 30. Como ha puesto en evidencia este autor, el principio de culpabilidad reúne todas las exigencias que se desprenden de la necesidad de limitar la pena a los hechos atribuibles a un sujeto en un Estado social y democrático de Derecho.

130 La idea de que la culpabilidad desempeña una función social ha supuesto la gran contribución de JAKOBS a la dogmática moderna (cfr. Schuld und Prävention, Verhältnis, Schuld, ZStW 101, capítulo 17 de su manual, ADP 92). Una brillante exposición de los fundamentos de la teoría de la culpabilidad de JAKOBS en SCHILD, AK, 20, 21/72 ss.

De acuerdo con JAKOBS, ACHENBACH, Grundfragen, pp. 148 ss., con más referencias.

SCHÜNEMANN se ha dedicado vehementemente en los últimos tiempos a combatir esta aportación de JAKOBS (vid. su contribución en Grundfragen, en especial pp. 166 ss.; Chengchi Law Review, pp. 260 s., 275 ss.; Schmitt-FS, p. 135). Pero su idea de que no se puede prescindir en la valoración jurídico-penal del sustrato ontológico de la culpabilidad supone todavía una vinculación con una visión naturalista de la culpabilidad y da muestras de encontrarse en una fase evolutiva que gradualmente se está convirtiendo en pasado. SCHÜNEMANN todavía no ha podido desligarse del concepto tradicional y antropológico de culpabilidad basado en el libre albedrío. La única diferencia es que ahora lo presenta adornado llamativamente por consideraciones entresacadas de la teoría del lenguaje y de la etnometodología. HIRSCH, ZStW 106, pp. 757 s., admite que la posición de SCHÜNEMANN no dista mucho de la defendida por los finalistas más ortodoxos, que fundamentan el principio de culpabilidad en el libre albedrío y el haber podido comportarse de una forma conforme a Derecho, aunque en p. 761 critique su intento de fundamentar el libre albedrío en el lenguaje particular de cada sociedad o cultura; JAKOBS, PG, 18/nota 45, responde a SCHÜNEMANN.

Otros autores han defendido la idea de que la culpabilidad desempeña una función dentro de un determinado sistema social: ROXIN, PG, 3/49; STRATENWERTH, Futuro, pp. 124 ss.

Desde el finalismo no se han escatimado críticas contra la idea de que la culpabilidad desempeña una función: GRACIA, AP 93, p. 568, aunque admite que la prevención especial y la prevención general limitan la culpabilidad en beneficio de una pena justa; HIRSCH, ZStW 106, pp. 752 ss.; el discípulo de éste, KÜPPER, Grenzen, pp. 157 ss.

Bibliografía sobre la polémica de la fundamentación material de la culpabilidad de acuerdo con los fines del Derecho penal o de la pena, tanto en favor, como en contra, GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit, p. 132, nota 6.

131 JAKOBS, PG, 1/17; NOLL, Mayer-FS, p. 233 y passim.

La idea no es tan revolucionaria como puede parecer y ya se había apuntado una visión semejante de la culpabilidad en la literatura más clásica: BINDING, Problem der Strafe, p. 68; MERKEL, Vergeltungsidee, p. 703: « Hemos visto como la idea de la retribución no excluye, sino que incluye una relación con un fin. [...] La contraposición general de ideas retributivas y preventivas carece de sentido ». MERKEL se refería a la contraposición entre la fundamentación retributiva de la pena defendida por la escuela clásica capitaneada por BINDING (vid. por esta escuela la monografía de BIRKMEYER recogida en la bibliografía) frente a la función protectora de la pena, que conlleva una confusión conceptual entre ésta y las medidas de seguridad, defendida por la escuela moderna, sociológica o políticocriminal orientada finalmente capitaneada por v. LISZT, que marcó de forma decisiva las discusiones de los penalistas que se encontraron a caballo de los SS. XIX y XX. MERKEL fue el promotor de las teorías unitarias de la pena (cfr. ANTON ONECA, Prevención, p. 57; MIR PUIG, Introducción, p. 216), tal y como recientemente ha desarrollado KORIATH, Jura 95, pp. 625 ss.

Tiene razón SCHAFFSTEIN, GA 35, pp. 99 s., cuando pone de manifiesto que, en realidad, esta discusión se centraba en la retribución de la lesión de objetos materiales ya acaecida o en la prevención de futuras lesiones de objetos materiales (= medida de seguridad).

Sobre esta importante lucha de escuelas entre retribucionistas y preventivistas que dominó la dogmática alemana de principios de siglo, vid. FREUND, GA 95, p. 6; GÖSSEL, Bedeutung, pp. 108

concepción absoluta de la pena¹³². Sólo así se puede entender que el Derecho penal tiene un carácter legítimo y racional y se pueden racionalizar sus límites¹³³. Una retribución

ss.; MEZGER, Strafrecht, pp. 33 ss.; MIR PUIG, Introducción, p. 213.

¹³² La concepción absoluta de la pena más clásica es la de KANT que se refería a un estado ideal atemporal en el que la pena debería ser igual al delito (*ius talionis*) para ser justa. Es decir, no tenía en cuenta la función de la pena en un Estado concreto. Cfr. *Metaphysik der Sitten, Der Rechtslehre zweiter Teil: Das öffentliche Recht, Erster Abschnitt: Das Staatsrecht, Allgemeine Anmerkung E*.

LESCH, JA 94, p. 514 establece la diferencia fundamental entre la teoría retributiva de KANT y la teoría retributiva de HEGEL en que el primero no trata al delito y a su consecuencia, la pena, como relacionados en un plano simbólico, plagado de contenido, sino en un plano causal-externo, siendo preciso por ello que el delincuente sufra realmente un mal físico. Así desemboca KANT en una teoría en la que la pena debe ser del mismo tipo y contener el mismo dolor que el delito (ley del Talión), ya que sólo así se puede determinar la cantidad y calidad de la pena a imponer.

HEGEL tuvo más en cuenta la función de la pena en un « Estado temporal » y por ello defiende una teoría retributiva más moderna en la cual la pena debe tener el mismo valor del delito. Es decir, lo importante no es el aspecto exterior del delito y de la pena (mal que sigue a otro mal), sino su contenido simbólico o comunicativo. La equivalencia valorativa entre delito y pena ya no se debe entender como una equivalencia metafísica, sino como una equivalencia que se corresponde con los intereses y fines de una determinada organización social. *Grundlinien*, § 101: « En el caso del delito, en el cual la determinación fundamental es lo infinito del hecho, desaparece con mayor razón lo específico meramente exterior, y la igualdad es la regla básica sólo para lo esencial, para lo que en general se merece el delincuente, pero no para la forma exterior específica de la pena. Solamente según este último aspecto el robo, el hurto, la multa y la pena de prisión son simplemente diferentes; en cuanto a su valor, en cambio, en cuanto a su característica general de ser lesiones, son comparables. Es entonces, como ya se ha señalado, tarea del entendimiento buscar el acercamiento a la igualdad de su valor. Si no se aprehende la conexión existente en sí entre el delito y su aniquilación y por consiguiente el pensamiento del valor y la comparabilidad de ambos según el valor, se puede llegar a ver en una auténtica pena una unión arbitraria de un perjuicio con una acción no permitida ». En § 214, afirma HEGEL rotundamente que la determinación de la cantidad de pena es algo arbitrario y casual que no tiene nada que ver con una medida ideal de acuerdo al concepto de justicia. En § 218.7 insiste HEGEL de forma evidente en que la determinación de la pena depende del estado de la sociedad.

Sobre la teoría de la retribución conforme al valor en HEGEL, KLESCZEWSKI, *Rolle der Strafe*, pp. 237 ss., 394; LESCH, JA 94, p. 515; ROXIN, PG, 3/4. Vid. JAKOBS, PG, 1/19 ss.

La concepción filosófica de la teoría de la pena fue trasladada a la literatura especializada primordialmente por ABEGG, BERNER, HÄLSCHNER y KÖSTLIN, que se dejaron influenciar, en mayor o menor medida, por el pensamiento hegeliano.

Sobre los autores que en los últimos tiempos buscan reinterpretar la concepción hegeliana en la línea de la concepción de la función de la pena como prevención general positiva vid. STRENG, ZStW 101, p. 286, nota 44, con más referencias. La línea de pensamiento moderna más interesante y normativizadora con respecto al pensamiento hegeliano es la representada tanto por KÖHLER como sus maestro WOLFF y discípulo KLESCZEWSKI (cfr. éste último, *Rolle der Strafe*, pp. 265 ss. con referencias).

Una exposición histórica de las teorías retributivas posteriores a KANT y HEGEL se puede hallar en GÖSSEL, *Bedeutung*, pp. 208 ss. ANTON ONECA, *Prevención*, p. 94, consideraba que « la retribución fue en un tiempo: ojo por ojo y diente por diente; hoy es la compensación de los efectos morales de la infracción ».

¹³³ Por eso el problema de la legitimidad de la pena abstracta no se encuentra en el momento de ser aplicada por un juez. La pena impuesta en el caso concreto suscita sólo un problema de legitimidad de la retribución de la culpabilidad en ese caso. Si la decisión del legislador sobre el « si » y el « cuánto » de la pena es legítima conforme a los principios del ordenamiento la retribución de la culpabilidad también será legítima. El juez retribuye lo que se considera culpabilidad en un determinado sistema social, y esa retribución legítima cumple su fin preventivo, no viceversa. Sólo así se puede entender la culpabilidad como retribución justa, enmarcada dentro de un determinado sistema social. Vid. NOLL, Mayer-FS, pp. 220 s. La pena no conforme al principio de culpabilidad permite el recurso de amparo (S. T. C. 65/1986 de 22 de mayo; S. T. S. de 5 de julio de 1991 -Pte. Bacigalupo-). Un problema que no se puede tratar aquí es en qué supuestos el control del cumplimiento del principio de culpabilidad pasa a ser competencia de la jurisdicción constitucional y deja de ser competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria.

basada en criterios que atienden a la función constitucional del Derecho penal supera los inconvenientes más evidentes de las teorías retributivas que han sido repetidamente puestos en evidencia por la doctrina, y que se basan, sobre todo, en el olvido de la justificación de la pena estatal. Las teorías retributivas puras o absolutas consideran que el sentido de la pena trasciende el ámbito de la realidad social. Una teoría absoluta de la pena presupone una teoría absoluta del Estado (religioso, teocrático o fundamentalista)¹³⁴. No se puede justificar racionalmente en un Estado como el nuestro una *poena absoluta ab effectu* (independiente de sus efectos), sino una *poena relativa ad effectum* (en relación a sus efectos). La justificación en principios como la justicia universal que trascienden al Estado y a la Constitución española ya no sirve¹³⁵. Para retribuir el delito es preciso saber primero por qué o para qué se retribuye¹³⁶. Y esa razón de la retribución sólo se puede encontrar en la función social del Derecho penal. Para justificar la pena estatal es preciso que sirva para algo, no puede tener una justificación metafísica. Además, sólo una visión funcional de la culpabilidad puede limitar realmente la violencia del Estado. Las teorías retributivas puras nunca pueden llegar a la conclusión de que una pena inútil es una pena injusta ni que sólo es preciso mantener las penas mientras tengan alguna utilidad social¹³⁷. Como ha afirmado CEREZO¹³⁸, « la concepción del Estado social y democrático de Derecho es incompatible únicamente con las teorías absolutas de la pena, que justifican la pena exclusivamente por el delito cometido y consideran que sus efectos preventivos son ajenos a su esencia ». La culpabilidad tiene su fundamento último en la forma de organizarse las relaciones entre personas libres y responsables. No nos podemos olvidar que retribución significa re-acción. La retribución es una respuesta a una acción anterior, respuesta que pretende dejar las cosas como estaban¹³⁹. Y en un Estado moderno es necesario siempre que se retribuya para algo¹⁴⁰. El Derecho penal, al reaccionar frente a

¹³⁴ GARCIA-PABLOS, PG, p. 77; NEUMANN/SCHROTT, *Neuere Theorien*, p. 14.

¹³⁵ GARCIA-PABLOS, PG, p. 77; NEUMANN/SCHROTT, *Neuere Theorien*, p. 15; ROXIN, PG, 3/50.

¹³⁶ ROXIN, PG, 3/44.

¹³⁷ CEREZO, AP 93, p. 195; el mismo, PG, pp. 30 ss.; COBO/VIVES, PG, p. 71, incluida nota 25.

¹³⁸ PG, p. 34. En el mismo sentido, FREUND, GA 95, p. 5, con referencias a la Jurisprudencia constitucional alemana y el T. S. alemán en BGHSt 24, 40, 42.

¹³⁹ NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 6, con más referencias.

¹⁴⁰ Sobre la función retributiva de la pena en la doctrina contemporánea: CEREZO, PG, pp. 30 ss.; GRACIA, AP 93, p. 550 y *passim*; ARM. KAUFMANN, *Misión*, p. 11; MORILLAS, *Teoría*, p. 35: « La orientación preventiva por la que debe discurrir el Derecho penal no exige el abandono del concepto de culpabilidad »; ROXIN, *Política criminal*, p. 115; SCHMIDHÄUSER, *Sinn*, pp. 30 ss.

Sobre el gran número de autores que han afirmado que sólo la pena adecuada a la culpabilidad cumple una función de prevención general positiva, vid. PEREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 263 ss.

Una posición similar, aunque partiendo de una concepción antropológica de la culpabilidad, en COBO/VIVES, PG, p. 632. ZUGALDIA, *Evolución*, p. 573: « allí donde falte la culpabilidad, la pena

acciones culpables (infracciones de la norma reprochables) devuelve el estado de cosas al estado anterior al delito.

La doctrina española ha ido evolucionando hacia una concepción de la culpabilidad más funcional y menos antropológica, ontológica o metafísica. MUÑOZ CONDE¹⁴¹ ha puesto de manifiesto de forma reiterada en nuestra doctrina que « habría que empezar por abandonar de una vez para siempre la vieja concepción, producto de la ideología individualista dominante en el momento en el que surgió como categoría autónoma dentro del Derecho Penal, que ve en la culpabilidad un fenómeno individual aislado que sólo afecta al autor de un hecho antijurídico. Realmente no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social. No es una cualidad de la acción, sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es la sociedad, o mejor la correlación de fuerzas sociales existente en un momento histórico determinado, la que define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad ». Y ZUGALDIA¹⁴² ha insistido en asignarle al concepto de culpabilidad una función en el marco de un sistema de libertades. Este autor ha defendido la elaboración de « un concepto de culpabilidad « útil » sobre el que no puedan recaer las críticas a las que ya hemos hecho mención: subordinación a la demostrabilidad del libre albedrío en el caso concreto, íntima conexión con la idea de retribución, profunda carga moral y docilidad ante las necesidades de la prevención ». La argumentación de ZUGALDIA no difiere de ciertas propuestas de este trabajo. Apoyándose en la posición de un autor de la talla de STRATENWERTH afirma que « no es correcto afirmar que lo que se discute hoy sea la alternativa « mantener el principio de culpabilidad » - « derogar el principio de culpabilidad » », a lo que añade que « el planteamiento que representa esa alternativa sería obligado si la culpabilidad constituyera un concepto « absoluto » e « inamovible ». Indudablemente, si así fuera, sólo cabría ante dicho concepto la alternativa de tomarlo tal y como nos ha llegado o abandonarlo en esas mismas condiciones. Los obstáculos que, como hemos visto, se oponen a la concepción tradicional de la culpabilidad, obligarían a optar en el segundo de los sentidos indicados: prescindir del concepto tradicional de culpabilidad no sería sino prescindir de toda idea de culpabilidad. Pero ocurre que la culpabilidad no es un concepto absoluto: no constituye un fin en sí mismo sino que es sólo un medio para el logro de un fin (el perfeccionamiento del Derecho penal). La culpabilidad constituye un concepto inamovible: en cuanto instrumento al servicio del mencionado fin, no sólo puede, sino que debe ser modificado en orden a su perfeccionamiento. Con ello se quiere indicar que no existe un « único » concepto de culpabilidad. Renunciar al concepto tradicional de

no podrá desarrollar sus funciones preventivas ».

CEREZO, Problemas, p. 197 ha resaltado en nuestra literatura que « la aplicación de la pena implica una reafirmación del ordenamiento jurídico y, en este sentido, es retribución ».

¹⁴¹ Introducción a Culpabilidad y prevención en derecho penal de ROXIN, p. 28; Culpabilidad, p. 166; PG, p. 320. De acuerdo, SILVA, Aproximación, p. 63.

¹⁴² ZUGALDIA, Evolución, p. 576.

culpabilidad no supone necesariamente renunciar a toda idea de culpabilidad sino solamente a una determinada forma de entender aquélla ».

3. Si en toda persona se presupone el respeto a las normas, la culpabilidad es una falta de respeto al Derecho. Desde el punto de vista del Derecho penal, culpabilidad es la falta de respeto a ciertas normas esenciales. Lo que se retribuye es haber puesto en entredicho las normas como reglas vinculantes de comportamiento y haber atentado así contra la confianza de la población en las mismas¹⁴³. Por ese « injusto » es por lo que el autor del mismo recibe una pena. La construcción más tradicional de la concepción normativa de la culpabilidad tiene sin duda razón: la culpabilidad es un reproche. Pero es preciso darle un contenido a ese juicio de reproche. En un Estado de Derecho como el nuestro, en el que el Estado no se ocupa de la esfera íntima de los ciudadanos, el único fundamento legítimo de ese reproche puede ser la falta de respeto al Derecho. La doctrina mayoritaria parte hoy en día de una construcción normativa o social de la culpabilidad, aunque no comparta dicho contenido funcional. Sin embargo, otras posiciones que fundamentan la culpabilidad en el « poder actuar de otro modo »¹⁴⁴ basada en el

¹⁴³ ACHENBACH, Grundfragen, pp. 142 s.; JAKOBS, Schuld und Prävention, passim; PG, 1/15; el mismo, ZStW 101, p. 517; KINDHAUSER, ZStW 107, p. 727; LESCH, JA 94, p. 511, considera también que la pena es un mal que se impone « como reacción a la lesión de una regla jurídica ». Por ello, el punto de vista penal no mira, en principio, hacia el futuro intentando prevenir peligros, sino retrospectivamente como el Derecho civil. Este autor denomina a una teoría de la pena que defiende la misma línea argumental desarrollada en el texto, « teoría funcional de la retribución ». De esta manera se defiende una teoría del delito basada en la tarea de la pena en un Estado social y democrático de Derecho, que determina qué hechos precisan ser retribuidos. No tenemos otra alternativa que analizar la función del principio de culpabilidad en el marco de la sociedad que nos movemos. En una dictadura del proletariado o en un Estado fundamentalista se tienen que retribuir cosas distintas, necesariamente, que en nuestro sistema jurídico-social, ya que el fundamento del orden social es distinto.

En sociedades pequeñas donde la falta de complejidad hace que la organización social no se base en el respeto a las normas, sino en el respeto individualizado a los otros, el delito se podría basar en la falta de respeto al otro como igual. Pero cualquier intento de basar la culpabilidad en esta idea en el marco de nuestro Estado ha de entenderse como pura ingenuidad.

En la literatura en lengua alemana se suele hablar de *Rechtstreue* cuya traducción literal sería « fidelidad al Derecho ». Mediante la utilización en este trabajo de la expresión respeto al Derecho intento poner de manifiesto que la culpabilidad no se basa en la infracción de una prestación positiva, sino en algo mucho más neutral. Pero no he encontrado una expresión mejor. Hay que entender este respeto en el sentido neutral al que obliga un sistema de libertades que se basa en el pluralismo ideológico y político, frente al sentido hoy en día intolerable que se le puede conceder a este término en un sistema totalitario. Así, por ejemplo, en este último sentido se refería H. MAYER, *Strafrecht des Deutschen Volkes*, pp. 26 ss., al fundamento pedagógico de la pena como ejercicio en la fidelidad del Derecho en la época nacionalsocialista (1936). El delito en un Estado de Derecho sólo puede tener un fundamento basado en la ruptura de las reglas indispensables para la convivencia. La tarea del Derecho penal no es pedagógica, sino que reside en el ejercicio de la confianza en que las reglas jurídicas sirven como pauta de conducta en la vida de relación y, para ello, tiene que retribuir las acciones que socaban dicha confianza.

¹⁴⁴ Doctrina mayoritaria: Vid. por todos BURKHARDT, *Rechtfertigung des Schuldprinzips*, pp. 52 ss., con referencias a favor y en contra; JESCHECK, PG, 39 III 2, con más referencia; el mismo, LK, antes de 13/74, 78. Una relación de los autores que mantienen esta posición mayoritaria se pueden encontrar en KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, p. 375, nota 3; SCHÜNEMANN, *Sistema*, pp. 153 s.; STRENG, ZStW 101, pp. 274 s. Para una exposición de esta posición me remito a PEREZ

científicamente indemostrable libre albedrío o en tratarse de una « ficción necesaria para el Estado » o bien como normalidad de la motivación (motivabilidad normal)¹⁴⁵ acaban acudiendo a un « hombre medio o normal »¹⁴⁶. Se le imputa una pena a una persona porque un hombre medio podría haber actuado de otro modo en las mismas circunstancias o bien porque un hombre normal es motivable en la misma situación (normalidad motivacional del sujeto). En realidad, se trata de una medida normativa¹⁴⁷ en la que se tiene en cuenta si el sujeto concreto se podía motivar de acuerdo con las normas o o su proceso motivacional se veía afectada por razones no imputables a él (no reprochabilidad). Si no se ha dejado motivar por las normas y dicha falta de respeto es sólo imputable a él habrá culpabilidad. Los criterios o parámetros de imputación de esa falta de respeto a las normas están recogidos en la parte general del C. P.¹⁴⁸

MANZANO, Culpabilidad, pp. 110 ss.; ROXIN, Política criminal, pp. 121 ss.; TORIO, ADP 85, pp. 292 ss.

En la actualidad se ha presentado en la literatura alemana este mismo fundamento bajo otra etiqueta: « concepto social de culpabilidad » (cfr. SCHÜNEMANN, Sistema, pp. 25 s.; el mismo, Chengchi Law Review, pp. 279 ss., 284, con más referencias; el mismo, Schmitt-FS, p. 133, con más referencias).

¹⁴⁵ GIMBERNAT, Estudios, pp. 172 ss.; MIR, Función, pp. 96 ss.; el mismo, ADP 83, pp. 19 ss.; el mismo, PG, pp. 586 ss., 599; el mismo, L-H H. KAUFMANN, pp. 381 ss.; el mismo, Derecho penal, p. 247; MUÑOZ CONDE, PG, pp. 57 ss., 322; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 294 ss.; SILVA, Aproximación, pp. 347 ss., 412 s.

Sin embargo, no tiene nada que ver con la normalidad de la motivación un juicio tan valorativo como el de la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición o de tipo (cfr. MIR, ADP 84, p. 674) o el de la determinación de la minoría de edad penal. Para una exposición de las distintas posiciones, incluidos sus orígenes en la doctrina alemana, me remito a PEREZ MANZANO, Culpabilidad, pp. 114 ss.

Recogen ciertas críticas a esta posición a tener en cuenta, COBO/VIVES, PG, p. 410; CEREZO, Problemas, p. 197; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 293 s.

¹⁴⁶ SCHMOLLER, JBI 90, p. 633, con más referencias.

En el ámbito del delito imprudente se utiliza habitualmente esta figura para graduar la gravedad (mayor o menor pena) de la imprudencia punible. Por ejemplo, SS. T. S. de 27 de febrero de 1970 (Pte. Escudero); 15 de octubre de 1979 (Pte. Gil Sáez); 22 de abril de 1988 (Pte. Vivas), con más referencias.

Sobre esta medida en el ámbito de la culpabilidad imprudente, HERZBERG, Verantwortung, pp. 198 ss., en profundidad.

¹⁴⁷ Para muchos autores no es más que una « presunción normativa »: PEREZ MANZANO, Culpabilidad, pp. 111, 117, 120, 123, 128 ss.; ROXIN, Problemas, pp. 203 s. Así lo reconoce SCHÜNEMANN, JA 75, p. 790.

¹⁴⁸ HEGEL, Grundlinien, § 115, define la imputación como un juicio mediante el que se decide de qué acción hay que hacer responsable a un sujeto. Desde HEGEL se ha pretendido delimitar lo que es acción culpable (libre y voluntaria) de lo que es pura causalidad o naturaleza.

Sobre el concepto de imputación: ACHENBACH, Sistema, p. 136; BERNER, Grundlinien, p. 39: « Imputar significa anotar algo objetivo a la cuenta del sujeto »; BLOY, Beteiligungsform, pp. 244 ss., 248; LARENZ, Hegels Zurechnungslehre, p. 51, en la misma línea filosófica de HEGEL, considera que « La imputación tiene que ver con la cuestión de qué es lo que se adscribe a un sujeto como su acción, de qué se le hace responsable »; p. 61: « La imputación no significa otra cosa que el intento de delimitar el hecho de uno de la casualidad. Si yo designo a alguien como causante de un suceso, quiero decir con ello que el suceso es su hecho, que para él no es obra de la casualidad, sino de su propia voluntad »; HRUSCHKA, Zurechnung, p. 3 y passim.

En el Derecho civil se entiende como imputación la relación entre el daño y la persona que está obligada a indemnizar (cfr. DEUTSCH, Honig-FS, p. 33). Por el contrario, en Derecho penal hay que entender como imputación la relación entre la norma penal, la pena y la persona.

4. El Derecho penal cuando impone una pena restablece la lesión que el autor ha producido con su hecho. No se trata de una lesión fáctica o empírica, sino normativa o comunicativa (una lesión de valores). Por ello es preciso averiguar en las páginas siguientes porqué y cómo devuelve el Derecho penal con la imposición de la pena al culpable el estado de cosas a su estado anterior al delito.

5. Para permitir el contacto social y la convivencia como instrumentos de desarrollo de la persona -entendida ésta en el sentido normativo que ya se ha expuesto- es preciso que el ordenamiento garantice o establezca ciertas *expectativas o reglas de comportamiento* que permitan saber en una determinada situación lo que se puede esperar de los otros participantes en el sistema social y lo que esperan éstos de nosotros¹⁴⁹. Una estandarización mínima hace que los sujetos no se encuentren a merced de impresiones momentáneas, instintos o satisfacciones particulares de otros sujetos¹⁵⁰. El Derecho reduce el caos en la comunicación entre seres humanos estabilizando unos mínimos y excluyendo ciertas posibilidades de comportamiento con las que no se debe contar en la interacción social. Nadie se podría orientar en la vida social si tuviera que contar en todo momento con cualquier conducta discrecional de otros seres humanos. Cada contacto social supondría un riesgo incalculable. El Derecho tiene como única finalidad potenciar el horizonte personal de los integrantes del sistema social. Las posibilidades de contacto están en relación directa con la confianza que los ciudadanos depositen en las normas: cuando la confianza en éstas se ve afectada las posibilidades de contacto social se reducen, la vida social se entumece; por el contrario, donde existe confianza en que todos respetarán las normas las posibilidades de contacto son mucho mayores¹⁵¹. Para que los contactos sociales sean posibles es necesario que no todo sea inseguridad. Esto sólo se puede conseguir estabilizando el respeto a las normas. En una vida social en la que los contactos anónimos son absolutamente frecuentes poco más sabemos de la otra persona que tiene que respetar las normas jurídicas. Ello no significa que desaparezca como individuo, sino que tenemos en cuenta su dimensión social como persona. Por ejemplo,

149 -----
Este planteamiento inicial que tiene su origen en las teorías funcionalistas de los sociólogos PARSONS y su discípulo alemán LUHMANN ha sido recogido en nuestra literatura penal por MUÑOZ CONDE, Control, pp. 22 s. Vid., además, la exposición de LESCH, JA 94, pp. 597 ss.

150 HEGEL, Grundlinien, §§ 209 ss.; JAKOBS, PG, 1/4; KRATZSCH, Verhaltenssteuerung, p. 352; MUÑOZ CONDE, PG, pp. 29 ss.; NOLL, Mayer-FS, p. 223, se refiere a la « función orientadora de la ley ».

151 LUHMANN, Vertrauen, pp. 7 ss. La confianza de los ciudadanos en el ordenamiento tiene como consecuencia, también, que la contundencia de las penas sea menor, llegando a ser en ciertos supuestos, como en la actualidad en los supuestos de delincuencia más leve, una declaración simbólica en el que la pena desempeña su función sin necesidad de ejecutarse y quedando sometida a condición. Vid. HEGEL, Grundlinien, § 218.5 (« medida de la pena y constitución de la sociedad »), 218.6 y 218.7; JAKOBS, PG, 1/1; ROXIN, CPC 86, p. 686.

el conductor que se acerca a un cruce y observa como un automóvil se acerca por su izquierda, no tiene en cuenta a dicho conductor como alguien con nombre y apellidos, sino como un participante responsable en el tráfico que respeta las normas. El no tener en cuenta a los otros participantes en el tráfico social como personas (sujetos que repetan normas) obligaría a estar a expensas de su arbitrio¹⁵². Cada contacto social conllevaría un riesgo incalculable y la desconfianza e inseguridad harían que la vida social se acabara extinguiendo¹⁵³.

Cuando se vive en sociedad las posibilidades de actuación de los no-yo son posibilidades con las que se tiene que contar a la hora de planificar cada actuación¹⁵⁴. Sin expectativas o reglas, donde sólo existe el caos, no se puede pensar en organizar los asuntos particulares de forma planificada. Sólo podemos hablar de sociedad cuando el Derecho garantiza al sujeto un cierto horizonte conforme al que orientarse (exclusión de ciertas posibilidades de actuación de los no-yo). Esta garantía jurídica se concreta en lo que ciertos sociólogos y ciertos partidarios de la teoría de la prevención general positiva han venido denominando *expectativas normativas*¹⁵⁵, como expectativas garantizadas por el ordenamiento jurídico que hacen que se pueda operar en la vida social sin tener que contar con comportamientos irrespetuosos con las normas. Como dice VEHLING, « La formación de expectativas normativas coincide con la fundación del orden social »¹⁵⁶. En el momento en que los hombres sienten la necesidad de tratar unos con otros, necesitan

¹⁵² LUHMANN, *Soziale Systeme*, p. 397: « La expectativa surge mediante la limitación del margen de posibilidades ».

¹⁵³ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 354: « El mantenimiento a largo plazo de un sistema social no es algo evidente »; LESCH, *JA* 94, p. 597.

¹⁵⁴ LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 32.

¹⁵⁵ DONATSCH, *Sorgfaltsbemessung*, pp. 14 ss.; LESCH, *Beihilfe*, pp. 240 ss.; NEUMANN/SCHROTT, *Neuere Theorien*, pp. 102 s.; VEHLING, *Vorbereitung und Versuch*, pp. 91 ss. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 34, define así, desde la sociología del Derecho, la función de las expectativas normativas: « No se necesita exponer y fijar todo oralmente -la evitación de la verbalización innecesaria es un momento esencial del contacto social-, y ahorra tiempo, es decir, permite vivir en comunidad en sistemas sociales mucho más complejos y con muchas más posibilidades de comportamiento. Se pueden reservar los procesos de comunicación con mayores gastos de tiempo y esfuerzo [...] para menos puntos de conflicto y sólo para los más importantes y elegir de que se va a hablar ». P. 43: Las normas son « expectativas de comportamiento estabilizadas contrafácticamente ». Por ello, el fenómeno punitivo no es más que un fenómeno de estabilización contrafáctica de las expectativas garantizadas penalmente.

Vid. también HASSEMER, *AK*, antes de 1/299; JAKOBS, *ZStW* 89, p. 19, con más referencias; LUHMANN, *ARSP*, p. 31; el mismo, *Recht*, pp. 131 ss., con respecto a la función global del Derecho.

¹⁵⁶ VEHLING, *Vorbereitung und Versuch*, p. 93.

KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, p. 345; LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 105: « el Derecho cumple una función necesaria en toda sociedad consuetudinaria con sentido y por ello tiene que estar siempre presente »; el mismo, *Rechtstheorie* 76, p. 123: « El Derecho, como una forma de limitar expectativas de conductas, se origina en cada sociedad porque de otra manera no es posible la interacción social »; el mismo, *Recht*, p. 583: « No han existido nunca sociedades sin Derecho ».

ciertas reglas. Este tipo de expectativas no se refieren al comportamiento del ser humano como hecho fáctico sino al « deber ser » de las otras personas¹⁵⁷, a lo que toda persona puede excluir como posibilidad. Igual que las ciencias naturales persiguen establecer pautas de orientación con respecto a la naturaleza, el Derecho tiene como función establecer pautas de orientación con respecto a los otros integrantes del sistema social.

¿ Por qué reciben estas expectativas la denominación de normativas? En la relación con la naturaleza el hombre debe aprender de cara al futuro a base de las defraudaciones que le ofrecen las fuerzas naturales como fuerzas incontrolables. Todo el mundo conoce el conocido dicho de que « la experiencia es la madre de la ciencia ». El hombre no puede dedicarse a imponer penas a los ríos o a las montañas para evitar que se produzcan inundaciones o aludes. Hemos asumido que la naturaleza « se comporta » de acuerdo a ciertas leyes que no pueden ser alteradas. Sólo pueden ser conocidas o desconocidas. Estas expectativas referidas a la naturaleza se vienen denominando *expectativas cognitivas*. Las ciencias de la naturaleza se dedican a desarrollar reglas empíricas para un mejor conocimiento de la realidad. Todo lo contrario sucede con respecto a los comportamientos de las personas, que ya no se pueden tratar como procesos naturales (exceptuando supuestos ya analizados como los de los niños o los enajenados). Si una persona defrauda una expectativa normativa, el conflicto no puede ser superado simplemente con el aprendizaje *pro futuro*¹⁵⁸. Los ciudadanos no tienen que aprender a salir a la calle con un chaleco antibalas, armados hasta los dientes o con varios guardaespaldas. Se reacciona de otra manera: el conflicto se explica sólo como una conducta incorrecta del autor por no respetar las normas. No se aprende de cara al futuro, sino que se mantiene la expectativa contrafácticamente¹⁵⁹. Contrafácticamente significa con independencia de que la expectativa sea o no cumplida en la realidad. La validez de la expectativa es ajena a su cumplimiento o incumplimiento en la realidad. Estas expectativas normativas, frente a las cognitivas, son expectativas en las que, en caso de defraudación, no hay que aprender y modificar la visión que se tiene del mundo, sino que las personas pueden mantener firme su confianza en las mismas a pesar de la defraudación. Es decir, estas expectativas se sostienen como válidas incluso contra experiencias que contradicen dicha validez. En ese aspecto precisamente reside su carácter normativo. Las expectativas normativas son

157 -----
LUZON PEÑA, ADP 89, p. 11, con más referencias; RGUEZ. MOURULLO, PG, p. 76.

158 Sobre la diferencia entre expectativas normativas y cognitivas vid. JAKOBS, PG, 1/5 ss.; el mismo, Sociedad, pp. 23 ss.; LUHMANN, Rechtssoziologie, pp. 30 ss., 40 ss., con más referencias; el mismo, Soziale Systeme, pp. 396 ss.

159 LESCH, JA 94, p. 598; LUZON PEÑA, ADP 89, p. 16; MUÑOZ CONDE, Control, p. 23; el mismo, PG, p. 30.

aquellas en las que el que corre con los costes del conflicto es el defraudante en el momento en el que se explica el conflicto como algo que le es imputable a él. El deber de respetar las normas, como expectativa normativa, no garantiza el éxito en los contactos con los otros pero disminuye, indudablemente, las posibilidades de fracaso¹⁶⁰. No se trata de que cada ciudadano excluya a la hora de contactar con otros lo que no le gusta, sino que sólo puede excusar la falta de respeto a las normas.

El hecho de que en la práctica se pueda constatar que existen personas que no respetan las normas no afecta a la validez del deber de respetarlas. LUHMANN afirma, en este sentido, que « en un mundo que es incontrolable se quiere, en principio, por lo menos estar seguro de qué expectativas son reconocidas por el Derecho y con qué modos de proceder se puede contar en el consenso social aunque existan siempre personas que se comporten de otra manera »¹⁶¹. Esto lo podemos denominar *confianza* en el carácter obligatorio y contrafáctico del Derecho¹⁶². Por ejemplo, una persona puede contar con que no va a ser atracada o violada si de noche recorre las calles de un barrio de mala reputación o un bosque solitario, o que no va a ser golpeada si asiste a un acontecimiento futbolístico, aunque la experiencia mucha veces diga lo contrario. Y esto es así porque las normas penales así lo garantizan. O, en la vida cotidiana, nadie se tiene que preocupar por el hecho de pasar por debajo de una lámpara. El Derecho permite a los individuos no tener que andar esquivando los lugares donde puede caer una lámpara. « ¡No se renuncia a la expectativa de un suelo sólido y transitable si una vez se resbala! »¹⁶³ Esta confianza normativa surge en los estadios más primitivos, como ya hemos visto, de la idea de que existe una estrecha conexión con los otros que, a pesar de las diferencias personales, hace que una serie de reglas sean vinculantes para todos y no puedan ser subjetivamente cuestionadas. Pero a medida que el sistema social se hace más complejo la confianza en la norma ha de adoptar la función de esa confianza original en los otros. « La confianza original se ve sustituida por la « confianza en el sistema » para posibilitar la interacción social »¹⁶⁴. Cuanto más anónimos son los contactos el aumento de la desconfianza entre los individuos es mayor y son más necesarias las normas que garantizan ciertas expectativas¹⁶⁵. El Derecho no protege toda confianza que alguien deposite en los otros

160 -----
LUHMANN, Vertrauen, p. 34.

161 ARSP, p. 31.

162 KIDHÄUSER, GA 94, p. 201; E. A. WOLFF, ZStW 97, pp. 818 s.

163 LUHMANN, Rechtssoziologie, pp. 31 s.

164 OTTO, ZStW 87, p. 561. Vid. también LUHMANN, Individuum, pp. 155 s.

165 OTTO, ZStW 87, pp. 554 ss.

(el optimista se vería privilegiado¹⁶⁶), no garantiza lo que terceros *pueden* hacer para no defraudar la confianza de cada sujeto, sino lo que terceros *deben* hacer para no defraudarla. No todo supuesto en el que un tercero no es digno de la confianza depositada interviene el Derecho, sino únicamente cuando el tercero no se ha comportado de acuerdo con su deber como persona en el Derecho. El Derecho persigue estabilizar como *costumbre aceptada por todos el funcionamiento de la interacción social como debe ser*. « Las reglas en sentido prescriptivo no se miden conforme a la realidad, sino que más bien expresan ellas mismas una medida conforme a la que ha de medirse la realidad »¹⁶⁷. Esto es lo que diferencia las reglas en sentido prescriptivo de las reglas en sentido descriptivo propias de las ciencias naturales¹⁶⁸. El Derecho no describe lo que ha sucedido, sino que prescribe lo que no tiene que suceder. La norma jurídica « asegura, por un lado, lo que se puede esperar y en qué sentido no hay que aprender de la conducta defraudante, no hay que amoldarse, sino que puede mantenerse inconvencible en su expectativa, incluso contra la realidad: contrafáctico. La norma jurídica autoriza, por otro lado, las reacciones con el fin de establecer una realidad conforme a Derecho »¹⁶⁹. Esta es la doble función del Derecho penal.

Si una persona no respeta las normas el Derecho debe responder. De lo contrario, la confianza en las normas acabará desapareciendo y el deber de respeto a las normas ya no se entenderá como algo vinculante. Si el Derecho se queda cruzado de brazos como si no hubiera pasado nada, está dando por bueno el contenido simbólico de esa acción: las normas no tienen un carácter vinculante¹⁷⁰. El delito perturba el hecho de que ciertas posibilidades se vayan desechando de la vida social. Estoy de acuerdo con KINDHÄUSER cuando afirma que « si la norma no se reconoce como efectiva frente a los comportamientos se aminora su valor como criterio rector de la conducta; se defrauda -aunque sólo sea caso por caso- la confianza de los ciudadanos en el reconocimiento de la norma »¹⁷¹. Por el contrario, si la norma responde imponiendo una pena al que no se ha

166 SEELMANN, AK, 13/49, aunque limitado a la omisión.

167 HRUSCHKA, Strafrecht, p. 420.

168 OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, p. 74.

Las leyes naturales expresan los límites de las posibilidades de actuación que disfrutaban los hombres desde un punto de vista naturalístico, las leyes jurídicas expresan esos límites desde el punto de vista del ordenamiento jurídico (PHILIPPS, pp. 10, 15 ss.).

169 LUHMANN, ARSP, p. 32. JAKOBS, ZStW 89, p. 21: « La garantía penal de la norma debe garantizar seguridad de expectativas, teniendo la pena que conseguir que una conducta no pueda ser interpretada como compatible con el modelo de mundo que se proyecta por la norma ». De acuerdo, LESCH, Beihilfe, p. 248, con una larga relación bibliográfica.

170 HART, Recht und Moral, p. 63; HEGEL, Grundlinien, § 218. 3.

171 Gefährdung, p. 30. P. 134: « La contraposición a la norma disminuye la utilidad de la norma como instrumento de regulación social para la estabilización de expectativas »; GA 94, p. 201. En un

comportado conforme a deber, se trata a la conducta que pone a la norma en entredicho como una excepción que no afecta a la regla. La existencia del Derecho penal está justificada en la medida que resulta un instrumento que reacciona (retribuye) contra la desautorización de la norma como regla general. El delito es un « ejemplo insoportable » que desorienta a los ciudadanos que están dispuestos a tener en cuenta las reglas básicas de convivencia. La pena es un instrumento que vuelve a dejar las cosas como estaban, no para la víctima, sino para la validez del Derecho. Si no se impone la pena se destruye la confianza de los ciudadanos en las normas y el mal ejemplo que queda sin respuesta puede crear escuela¹⁷². No se puede dejar de reaccionar como si no hubiera pasado nada¹⁷³.

Imaginémonos el delito como una conversación o concurrencia de dos interpretaciones del mundo mediante el siguiente ejemplo¹⁷⁴: el ciudadano A sale con una cantidad sustancial de dinero de su casa para comprarle un regalo a su esposa. El autor X que lo espera en la esquina de la calle con una navaja tiene un proyecto distinto del mundo. Afirma que no se puede salir tranquilamente a la calle con una cantidad de dinero para comprar un regalo sin tener en cuenta que el dinero puede ser arrebatado violentamente. Con la pena se afirma que esa afirmación no puede sentar precedente y que el deber de respetar las normas referentes al robo era tan válido antes del hecho como lo es después del mismo. El ordenamiento explica el comportamiento del autor X como algo no asumible. Y lo hace a costa de los bienes de dicho autor (por ejemplo, con una pena privativa de libertad).

El delito es una expresión de sentido que lesiona la confianza general¹⁷⁵. Con la imposición de la pena al culpable se está afirmando que los ciudadanos que respetan el Derecho se comportan como deben y se reafirma la confianza general en el Derecho¹⁷⁶. La sanción viene a significar que la regla era válida y correcta tanto antes como después de su infracción¹⁷⁷.

sentido similar, OTTO, Schröder-GS, p. 68.

¹⁷² MOOS, Pallin-FS, p. 300.

¹⁷³ LUHMANN, Rechtssoziologie, pp. 53 ss.: « La defraudación estimula actividad, no se puede dejar pasar sin más »; PEREZ MANZANO, Culpabilidad, p. 18.

¹⁷⁴ DERKSEN, GA 93, p. 170; JAKOBS, PG, 1/9 ss.; KINDHÄUSER, GA 94, p. 201; LESCH, ZStW 105, pp. 272 ss.; el mismo, JA 94, p. 598.

¹⁷⁵ E. A. WOLFF, ZStW 97, pp. 819, 827.

¹⁷⁶ JAKOBS, Schuld und Prävention, p. 32; el mismo, PG, 1/15; KINDHÄUSER, GA 94, p. 201; LUHMANN, Rechtssoziologie, p. 39, desde una perspectiva sociológica.

¹⁷⁷ FREUND, GA 95, pp. 7 s.; FRISCH, Verhalten, p. 77; KINDHÄUSER, GA 94, p. 201; LESCH, Beihilfe, p. 249; el mismo, ZStW 105, pp. 2 ss.: « La pena es una réplica simbólico-demonstrativa al significado simbólico-demonstrativo de un hecho punible ».

HART, Recht und Moral, p. 63, señala como el carácter de regulación es lo que diferencia a la pena de multa de un impuesto.

Si todas las personas estuvieran convencidas de que lo mejor es respetar las normas no sería preciso el Derecho penal. Las indemnizaciones civiles para resolver « accidentes » serían suficientes. Si de repente todo ciudadano desechara toda posibilidad de un comportamiento contrario a Derecho, el Derecho penal y la retribución de culpabilidad serían instrumentos que dejarían de tener una función social¹⁷⁸. Pero ambos son necesarios en la medida en que en muchas ocasiones las personas consideran que delinquir es provechoso. La imputación de culpabilidad es necesaria cuando una expectativa irrenunciable como el respeto a las normas no es considerada por toda persona como algo obvio. Este desarrollo de una teoría funcional de la retribución sienta las bases para el desarrollo de la fundamentación de la imputación a título de imprudencia. En el delito imprudente se retribuye la infracción de una norma de cuidado. Esa norma está constituida por elementos objetivos y subjetivos, de acuerdo con la « teoría personal del injusto » que se considera aquí como la más satisfactoria dogmáticamente. Pero esta cuestión debe ser tratada más adelante en el marco de una teoría funcional del injusto. Antes es preciso reflexionar sobre otros aspectos que tiene que ver con la función del Derecho penal en nuestro sistema jurídico-social.

VI. La pena como instrumento de retribución

1. La teoría retributivo-funcional de la culpabilidad desarrollada en las páginas anteriores obliga a hacer una referencia a la pena como instrumento del Derecho penal para la retribución de conductas. De acuerdo con la concepción mantenida hasta ahora, la pena ya no se puede entender como una réplica fáctica o empírica (mal por mal¹⁷⁹) sino una réplica normativa: estabilización de la norma frente a desestabilización de la misma, restitución de lo expresado de forma abstracta por el ordenamiento frente a la declaración de nulidad de su validez general (« el restablecimiento del Derecho » o « el tener que compensar la lesión del Derecho como Derecho » en la terminología de HEGEL¹⁸⁰). La

¹⁷⁸ JAKOBS, PG, 1/7a; el mismo, ZStW 101, pp. 524 ss.; el mismo, ADP 92, pp. 1070 s.; MUÑOZ CONDE, Control, p. 24; NEUMANN/SCHROTT, Neuere Theorien, p. 102; ZACZYK, Unrecht, pp. 151 s., comentando las aportaciones de KANT.

¹⁷⁹ HEGEL, Grundlinien, § 99: « se puede ver, sin duda, como irracional el querer simplemente un mal porque ya existe otro mal ». HEGEL considera que la comprensión de una pena como tal mal es algo superficial, que la pena es algo referido al « injusto » y la « justicia ». Vid. también § 220; ABEGG, Lehrbuch, § 114; JAKOBS, PG, 1/3; KINDHÄUSER, GA 1989, pp. 503 s., partiendo en este trabajo de la teoría de la justicia de RAWLS, considera que la pena es el restablecimiento del « sentimiento de justicia »; el mismo, Gefährdung, p. 157, con una posición similar a la del texto.

¹⁸⁰ Grundlinien, §§ 95 ss.

ABEGG, Lehrbuch, §§ 63, 114 ss.; CARRARA, Programma, §§ 613 ss.; CEREZO, PG, p. 30: « La plicación de la pena implica una reafirmación del ordenamiento jurídico y en este sentido es retribución

pena, como reacción del ordenamiento en un conflicto penalmente relevante, no puede ser entendida únicamente como un suceso puramente externo, ya que sino no consistiría más que en la secuencia irracional de dos males¹⁸¹. La pena supone la manifestación de que la conducta reprochada no puede servir como precedente y que el ordenamiento era y sigue siendo el único criterio válido para orientarse en la vida social. Como hemos visto, en esa preeminencia contrafáctica, a pesar de lo que acaezca empírica y efectivamente, reside la normatividad del ordenamiento jurídico-penal. Por ello la función del Derecho penal se encuentra estrechamente unida a la función de la pena. La relación entre hecho y pena es una relación comunicativa, la pena sólo se puede entender como respuesta que invalida lo comunicado a la hora del hecho y restablece la confianza en el ordenamiento. El delito no es sólo una mera lesión de un derecho particular o de un objeto material, sino principalmente lesión del Derecho como conjunto de reglas vinculantes. Estoy en definitiva de acuerdo con la concepción de la pena de JAKOBS¹⁸² como medio jurídico para estabilizar el ordenamiento: « La función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para el contacto social. El contenido de la pena es una réplica contra la desautorización de la norma que se consigue a costa del infractor de la misma ». Concepto que, recientemente, también KINDHÄUSER ha hecho suyo¹⁸³: « La pena tiene como función el aseguramiento de la validez del Derecho, es decir: el hacer respetar el reconocimiento de la norma como la directriz vinculante del comportamiento ». La pena ya no soluciona ni cura ni restituye el mal sufrido por el particular como hace el Derecho civil, siempre llega demasiado tarde¹⁸⁴, lo hecho hecho está, pero tiene que evitar el mal

»; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 176; HÄLSCHNER, Strafrecht, pp. 6 s.; JAKOBS, PG, p. VII; KÖHLER, Begriff der Strafe, pp. 50 ss.; el mismo, Lackner-FS, pp. 17 ss., con una brillante exposición de este concepto a partir del concepto abstracto del Derecho (penal); KÖSTLIN, System, §§ 114 ss.; LESCH, ZStW 105, p. 273, con abundantes referencias de autores hegelianos y neohegelianos.

Sobre el delito como « lesión del Derecho como Derecho » (desvalor del resultado), en profundidad, KLESCZEWSKI, Rolle der Strafe, pp. 69 ss., 387 s. Sobre el concepto hegeliano de « restablecimiento del Derecho », el mismo, pp. 232 ss. Sobre el concepto hegeliano de pena, el mismo, pp. 283 ss.

ARTH. KAUFMANN, H. Kaufmann-GS, p. 431, intentando acercar la prevención general a las teorías retributivas clásicas, prefiere utilizar el término « restablecimiento social ».

¹⁸¹ HEGEL, Grundlinien, § 99; KÖHLER, Begriff der Strafe, p. 17 y passim; LESCH, JA 94, pp. 512, 514.

¹⁸² PG, I/11. A este tema está dedicados los apartados I y II de su manual. De acuerdo, FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 85 ss., en especial 107 ss.; el mismo, GA 95, pp. 5 ss.; FRISCH, Verhalten, pp. 515 s.; el mismo, ZStW 101, pp. 516 ss.; el mismo, ZStW 102, p. 362, nota 86; el mismo, Strafbarkeitsvoraussetzungen, p. 241, con matices.

¹⁸³ Gefährdung, p. 30.

¹⁸⁴ BINDING, Normen I, pp. 433 ss., con un profundo y brillante tratamiento del tema; el mismo, Problem der Strafe, p. 74; CARRARA, Programma, § 622; CEREZO, PG, p. 19; FREUND, Erfolgsdelikt, p. 81; JAKOBS, Schuld, p. 75; el mismo, PG, I/9; ARM. KAUFMANN, Strafrechtsdogmatik, p. 264; el mismo, Misión, p. 10; KÖSTLIN, System, § 116, con más referencias; KRÜPELMANN, Bagatelldelikte, p. 84; H. MAYER, Strafrecht des Deutschen Volkes, pp. 97, 223; el mismo, PG, p. 51; OTTO, PG, I II 3 b); SCHILD, AK, antes de 13/69; WELZEL, PG, p. 3; el mismo, Abhandlungen, p. 263.

sufrido por la norma y que ese hecho se convierta en un modelo de conducta válido *pro futuro*¹⁸⁵. A alguien se le arrebatan parcialmente sus bienes jurídicos no para solucionar nada en el pasado, sino para demostrar que alguien no ha supuesto, en un momento dado, un precedente válido para el futuro. Y se le arrebatan de manera que la pena se entienda como un mal¹⁸⁶ (utilizando un ejemplo de ROXIN, la pena no puede consistir en unas vacaciones pagadas en Mallorca¹⁸⁷). La pena es conceptualmente siempre un mal, pero no todo mal supone una pena, sino sólo aquel mal que impone un órgano de la Administración judicial para mantener la confianza de los ciudadanos en la vigencia y validez del ordenamiento¹⁸⁸. La pena es una pérdida parcial del estatus de libertad de una persona (*capitis diminutio*)¹⁸⁹. El autor ha de padecer ese mal para restar validez general a la desautorización de la norma que ha emprendido. Esa es la única manera de que el delincuente se vea deslegitimado como persona competente. Sólo a él le corresponde soportar dichos costes para mantener la validez del Derecho como modelo de orientación de conductas. El Derecho insiste, con la aplicación de la sanción, en que los sujetos tienen que contar con él a la hora de organizar sus contactos o interacciones sociales. La pena contradice a la expresión de sentido de la conducta que ha desautorizado la norma y la reinstaura como único modelo válido de orientación de conductas. Los otros integrantes de la vida social comprueban así que en sus contactos ni tienen que contar con ese tipo de conductas, ni, por tanto, deben ellos organizar sus conductas de esa manera. El Derecho penal no restablece el interés dañado por el delito, el objeto del ataque, no deja las cosas tal y como estaban en sentido fáctico, sino que únicamente restablece el *status quo* preexistente desde el punto de vista de la consideración de la validez de la norma¹⁹⁰. « El derecho penal reacciona ante todo frente a la desautorización de la norma y restablece sólo ésta »¹⁹¹. Se trata de un acto simbólico, que se realiza a costa del autor, para

Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur (sentencia de SENECA citada por JAKOBS, PG, 1/nota 18).

¹⁸⁵ HÄLSCHNER, Strafrecht, p. 6; JAKOBS, Schuld und Prävention, p. 13; el mismo, PG, 1/9 ss.; KLESCZEWSKI, Rolle der Strafe, pp. 232 ss.; MORILLAS, Teoría, p. 35: « La expiación del mal ha dejado paso a la prevención del mal »; SCHILD, AK, antes de 13/69.

¹⁸⁶ ABEGG, Lehrbuch, § 115; LESCH, JA 94, p. 511, con abundantes referencias; LUZON PEÑA, ADP 89, p. 23, con más referencias; MAURACH, PG, 7 I A 1; MORILLAS, Teoría, p. 15; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, pp. 264 s.; STRATENWERTH, PG, nº marg. 6; WELZEL, PG, pp. 238 s. Aunque por razones de prevención especial se renuncie, en ocasiones, a la imposición de la pena (por ejemplo, remisión condicional).

¹⁸⁷ ROXIN, PG, 3/44.

¹⁸⁸ HART, Recht und Moral, p. 62; LESCH, JA 94, pp. 511 s.; MIR PUIG, Introducción, p. 90; el mismo, Derecho penal, p. 118, ha insistido en delimitar las nociones de concepto de pena (un mal) y función de la pena. De acuerdo con MIR, MORILLAS, Teoría, p. 46; ZUGALDIA, Evolución, p. 577.

¹⁸⁹ KÖHLER, GA 81, p. 286; E. A. WOLFF, ZStW 97, pp. 822 s.

¹⁹⁰ HEGEL, Grundlinien, § 98; KLESCZEWSKI, Rolle der Strafe, p. 235.

¹⁹¹ JAKOBS, Schuld, p. 75.

demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico¹⁹². En ciertos supuestos, como el de la tentativa, es evidente que lo único que interesa es restablecer la confianza jurídica, no el estado de cosas, empíricamente considerado, que no ha sufrido ninguna alteración.

2. Evidentemente, la pena puede cumplir otros cometidos que merecen toda consideración¹⁹³. Por ejemplo, la prevención especial positiva o, al menos, la evitación de los efectos desocializadores de la pena ha de suponer un dato a tomar en consideración en el momento de la imposición de la pena¹⁹⁴ y, sobre todo, de su ejecución¹⁹⁵. Se

¹⁹² -----
HEGEL, Grundlinien, § 218.6: « La pena en sí es un ejemplo contra el ejemplo del delito ».

¹⁹³ JAKOBS, PG, 1/16; KINDHÄUSER, Gefährdung, p. 32, con más referencias. Sobre estos otros cometidos, en profundidad, SILVA, Aproximación, pp. 179 ss.

¹⁹⁴ Sobre esta cuestión en nuestra práctica jurisprudencial, SILVA, AP 96, p. 256.

¹⁹⁵ BINDING, Normen I, pp. 221 s., 423; el mismo, Grundriß, p. XV, que considera la prevención especial un fin secundario de la pena, después de su discusión con las teorías preventivas de v. LISZT; FRISCH, ZStW 102, pp. 355 ss., sobre la importancia que la prevención especial alcanza en un segundo plano; MIR PUIG, Derecho penal, pp. 123 s.; MUÑOZ CONDE, Culpabilidad, p. 169.

No puedo asumir como cierta la afirmación demasiado tajante de PEREZ MANZANO, Culpabilidad, p. 285, de que la prevención general positiva es *per definitionem* « incompatible con el mandato constitucional español contenido en el artículo 25.2, puesto que no otorga la relevancia adecuada a la resocialización y readaptación social ». Ello a lo mejor se le puede reprochar a la concepción psicológica de la prevención general positiva que se basa en la « satisfacción de los que se portan bien mediante los males que se le imponen a los que se portan mal », pero nunca a una concepción normativa de la prevención general positiva que posibilita la prevención especial dentro de los límites de la tarea estabilizadora, reforzadora y garantizadora del ordenamiento que desempeña la pena. La finalidad de corrección y reeducación entraría para esta teoría psicológica de la prevención general positiva, que aquí no se comparte, en contradicción con la función psicológico-social de la pena. Pues ésta descansa en las actitudes colectivas de hostilidad frente al autor. Es psicológicamente imposible fusionar un « afecto positivo » frente al autor con un « afecto negativo ». Para esta teoría, pena y resocialización son incompatibles (cfr. NEUMANN/SCHROTT, Neuere Theorien, p. 104). En sentido contrario a PEREZ MANZANO, ANTON ONECA, Prevención, p. 95: « La corrección, por lo tanto, es también un postulado de la prevención general rectamente entendida » y CEREZO, PG, p. 31. El primero dedica un apartado de su obra (pp. 99 ss.) a la « armonía entre ambas prevenciones ».

E. A. WOLFF, ZStW 97, pp. 820 ss., expresa de forma correcta como la prevención especial modifica la general positiva, pero no la puede sustituir, sino que ambas deben tenerse en cuenta de forma vinculada.

En nuestro Derecho positivo esa toma en consideración viene, además, impuesta por lo dispuesto en el art. 25 II C. E. En la doctrina española existe unanimidad sobre que la orientación hacia la reeducación y reinserción social es una función secundaria, pero no la fundamentadora de la pena (cfr. CEREZO, AP 93, p. 195; el mismo, PG, p. 33, nota 71; GRACIA, AP 93, p. 549, con más referencias; LUZON, EJB, p. 5064; MORILLAS, Teoría, pp. 43 s.). Por ello suscribo de forma plena las siguientes palabras de ACHENBACH, Sistema, p. 143: « La prevención especial o individual [...] no constituye una función primaria de la pena en el Derecho penal de adultos [...]. No soy en absoluto de la opinión de que la prevención individual no pueda constituir una función legítima de la pena. Por el contrario, la corrección del autor, en el sentido de ayuda [...] a llevar a cabo una vida de orientación social, constituye una función esencial, que permite que el Estado social pueda asumir un fenómeno que, como el punitivo, tiene bases atávicas. Sin embargo, en lo que hace a la fundamentación de la pena, ello no es más que una función secundaria. En efecto, sólo en el marco de la pena necesaria por otras razones, concretamente por razón de la confirmación del Derecho, tiene un lugar fijo, aunque de segundo orden, la prevención individual ».

El T. C. (recientemente, SS. T. C. 150/1991 de 4 de julio y 55/1996 de 28 de marzo) ha considerado acertada la opinión doctrinal de que el aspecto resocializador de la prevención especial sea una de las funciones de la pena, de lo que se deduce que no tiene que ser la que le otorgue su fundamento material. Y, lo que es de especial relevancia, ha señalado (en ambas sentencias en el fto. jco. 4º) que « como este

intenta así que el delincuente concreto respete las normas. Y, también es posible que la ley penal intimide a ciertos ciudadanos en el sentido de la « teoría de la coacción psicológica »¹⁹⁶ de FEUERBACH o que prevenga reacciones informales¹⁹⁷ o satisfaga necesidades de psicología colectiva, etc. Pero estas funciones o bien deseables o bien que se dan en la práctica como funciones latentes no definen el papel constitucional del Derecho penal, sino que se suman a la función preventivo-general o no son más que una consecuencia de la misma. En esta medida se puede aceptar que el Derecho penal es « plurifuncional »¹⁹⁸. Pero la función que le otorga su sentido a la retribución de culpabilidad es la función preventivo general en sentido positivo¹⁹⁹. Otros cometidos deseables de la pena y que pueden modelarla han de ser tomados en consideración siempre que no entren en confrontación directa con la función de prevención general positiva que desempeñan las sanciones penales²⁰⁰. Por ejemplo, una pena que además de asegurar la confianza en el ordenamiento jurídico consigue apartar a los delincuentes de su vida contraria a Derecho se ve más legitimada.

VII. Recapitulación sobre el fundamento material del delito

1. El delito, también el delito imprudente, es siempre una acción culpable. De la infinidad de acciones como ejercicio de la libertad que se desarrollan en la vida social, sólo seleccionamos como « ejemplo insoportable » o dignas de reproche una minoría. Y las seleccionamos porque se trata de « expresiones de sentido » que desautorizan al Derecho penal como un modelo válido y vinculante para ordenar las relaciones

Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SsTC 19/1988 y 28/1988) ».

¹⁹⁶ También es posible que en algunos casos las consecuencias civiles (indemnizaciones) tengan un efecto intimidatorio, pero ahí no reside su fundamento y justificación.

¹⁹⁷ Esta no es una consecuencia propiamente de la pena, sino del monopolio de la fuerza y de su encauzamiento a través de un proceso penal, sea cual sea la función de la pena, incluso aunque dicha función sea ilegítima. Evidentemente, cuanto más justificada esté la pena, mayor será su poder de prevención de reacciones informales. Pero esta es una función que el proceso penal viene desempeñando desde la edad media, en todo tipo de sistema político. El proceso público en manos de la autoridad evita la venganza, las disputas personales sin límite y la autotutela. La pacificación de la sociedad es así, fruto, de la canalización de un conflicto a través de un procedimiento formalizado. Cfr. CALLIESS, NJW 89, p. 1341; LESCH, JA 94, p. 599, con más referencias.

¹⁹⁸ AMELUNG, Rechtsgüterschutz, p. 377, sólo con respecto a la norma. Con respecto a la pena, ABEKG, Lehrbuch, § 114.

¹⁹⁹ BENDA, Handbuch des Verfassungrechts, p. 117, desde la perspectiva del Derecho constitucional, afirma que la intimidación no afecta a la legitimidad constitucional de la pena por afectar a la dignidad de la persona, mientras se tenga sólo en cuenta como un fin secundario de la pena.

²⁰⁰ En un sentido similar, MIR PUIG, Derecho penal, p. 123: « La fórmula que me parece preferible es la de prevención especial dentro del marco que permita la prevención general »; MUÑOZ CONDE, Introducción a culpabilidad y prevención de ROXIN, p. 36.

interpersonales. El delito supone la defraudación de un deber irrenunciable como ciudadano o persona en el Derecho: la disposición a comportarse conforme a ciertas reglas indispensables para la convivencia. Sólo en un « mundo salvaje », sin Derecho se puede renunciar a esta expectativa básica. Por otro lado, en un sistema de libertades sólo existe culpabilidad por desautorizar a las normas como modelos válidos de comportamiento ante el resto de los ciudadanos²⁰¹. « Con la declaración de culpabilidad explica el juez que la norma, no lo expresado por el delincuente, pertenece a los principios que regulan vinculadamente la vida en comunidad de las personas ». Acción en sentido jurídico-penal, como acción culpable, es una expresión de sentido que supone una decisión voluntaria y libre, por tanto, imputable a una persona, en contra de la norma penal²⁰². De esta manera desautoriza al ordenamiento como sistema vinculante de regulación de conductas y conmueve la confianza en un mundo conforme al Derecho. Las reglas de imputación deben deducirse de la parte general del C. P.

2. Al autor se le imputa la lesión de los valores generales como tales valores generales²⁰³. Ni los procesos causales, ni la finalidad o intención de un sujeto ni ningún otro comportamiento con relevancia social es un delito si no lesiona al Derecho penal como orden vinculante (« lesión del Derecho como Derecho »)²⁰⁴. Por ello la pena, como instituto que caracteriza al Derecho penal como rama del ordenamiento jurídico, ya no ha de entenderse como una mera réplica fáctica o empírica, sino como una réplica normativa. No responde a sucesos naturales, sino a ejercicios defectuosos de la libertad de actuación que se apartan del mundo del Derecho. FREUND²⁰⁵ se encuentra, pues, en lo cierto cuando afirma que « lo decisivo no es la dimensión naturalística de una conducta determinada, sino sólo su contenido de significado como contradicción (inmaterial) de la norma ».

En estas macroordenadas dogmáticas se va a asentar la reconstrucción de la relación entre resultado lesivo e imprudencia. Estas consideraciones generales marcarán la pauta para llegar a soluciones concretas a lo largo de los siguientes capítulos. Pero antes es preciso realizar algunas consideraciones de índole político criminal.

201 -----
KINDHÄUSER, Gefährdung, p. 13 y passim; VOGEL, Norm, p. 28; NOLL, Mayer-FS, p. 223.

202 JAKOBS, Handlungsbegriff, pp. 33 ss.; KINDHÄUSER, Gefährdung, p. 34; OTTO, ZStW 87, pp. 590 ss.; VOGEL, Norm, p. 24.

203 KÖHLER, Fahrlässigkeit, pp. 324 ss.

204 HEGEL, Grundlinien, §§ 95 ss.

205 Erfolgsdelikt, p. 83.

VIII. Ventajas político criminales de la prevención general positiva

1. La prevención general positiva entendida en el sentido aquí defendido tiene mayores ventajas político criminales que la negativa. La prevención general positiva dentro de un sistema de libertades legitimado como el nuestro genera sus propios límites²⁰⁶. Ello es evidente con un detenido análisis de las posiciones más destacadas en nuestro país que consideran que el fundamento del Derecho penal reside en el aspecto negativo de la prevención general, mientras que el aspecto positivo desempeña únicamente una función limitadora²⁰⁷. En palabras de MIR²⁰⁸, se trata de « limitar la prevención general intimidatoria exigiendo que además se presente como socialmente integradora ». En nuestro sistema de libertades sólo la prevención general positiva puede fundamentar los límites que ha desarrollado la doctrina para el legislador en el momento de la elaboración de las leyes²⁰⁹:

- En un primer momento, el declarar un hecho como injusto penal supone siempre una limitación de la libertad. Por ello debe obedecer a una correcta y adecuada

206 MIR PUIG, Derecho penal, pp. 120 s.

207 Sobre esta comprensión meramente limitadora de la prevención general positiva. MIR PUIG, Función, pp. 30 ss.; el mismo, ADP 86, pp. 56 ss.; el mismo, PG, pp. 57, 74; MORILLAS, Teoría, pp. 25 ss.; PEREZ MANZANO, Culpabilidad, pp. 248 ss., 285 ss. y passim, que ha realizado el tratamiento más profundo de la prevención general positiva en la literatura española; SILVA, Aproximación, pp. 226 ss.

208 Función, p. 32.

209 Sobre estos límites político-criminales como presupuestos legítimos de todo ordenamiento punitivo: FRISCH, Stree/Wessels-FS, pp. 76 ss., de forma extensa y con abundantes referencias; el mismo, Strafbarkeitsvoraussetzungen, pp. 211 ss., 218 ss., también de forma extensa y con abundantes referencias; GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit, pp. 179 ss., de forma extensa y con abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales sobre los principios (reconocidos por el T. C. alemán) de idoneidad (183 ss.), necesidad (189 ss.) y proporcionalidad (199 ss.); MARINUCCI, RIDPP 83, pp. 1206 ss., 1226 ss.; MÜSSIG, Schutz, pp. 168 ss.

Tradicionalmente la doctrina ha venido hablando de merecimiento y necesidad de pena (vid. por todos, DA COSTA, Merecimiento, passim; JESCHECK, PG, § 7, con más referencias; LUZON PENA, ADP 94, passim, con abundantes referencias y una exposición detallada de la confusión doctrinal existente; MÜLLER-DIETZ, Strafe, pp. 32 ss., con más referencias; OTTO, Schröder-GS, passim, en el sentido del texto; ROMANO, Merecimiento, passim; SAX, Grundsätze, pp. 923 ss.; SCHÜNEMANN, Faller-FS, p. 358, con más referencias). Pero estos conceptos por sí solos no explican ni limitan nada si no se relacionan con una comprensión de la pena legítima en nuestro Estado de Derecho. Así afirma LUZON (p. 21), con razón, que las coincidencias en la doctrina « no van más allá de la mera definición formal, tautológica ». De acuerdo en que no es posible desarrollar los límites del Derecho penal sin tener en cuenta el sentido de la pena estatal, FRISCH, Stree/Wessels-FS, p. 85, con nota 62 y Strafbarkeitsvoraussetzungen, p. 220. En mi opinión, sólo la prevención general positiva puede ofrecer un contenido material legítimo a los límites propuestos en el texto, no así otras concepciones preventivas de la pena.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992, se afirma que « esa es en el fondo la cuestión que importa: si los bienes que se protegen merecen protección, si la conducta que se sanciona merece la sanción penal y si la sanción penal es la única o última de las medidas contra la conducta que se reprueba ».

*ponderación con respecto a otros derechos fundamentales o intereses constitucionales que se protegen en el precepto penal*²¹⁰. Ni la prevención especial ni, mucho menos, la prevención general negativa pueden dar cobertura a esta necesaria ponderación de intereses. La necesidad de que la confianza de los ciudadanos en el Derecho penal esté relacionada con un respeto por parte de éste de la libertad individual supone un buen punto de referencia para evitar los excesos en que se pueden incurrir. Cualquier otra teoría es incapaz de defender el carácter fragmentario del Derecho penal como un Derecho que se ocupa sólo de las modalidades de conducta más graves. Nadie duda de que la ponderación hecha por el legislador peca de incorrecta cuando éste quiere proteger un bien jurídico al que o bien los ciudadanos no le conceden una excesiva relevancia o bien carece de la suficiente entidad en el tráfico social. En este caso la limitación de libertad que implica todo tipo penal atenta contra la visión positiva que deben tener los ciudadanos de un Derecho que les protege de forma legítima. Este límite de la intervención tuitiva del legislador se ha buscado siempre mediante el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o la definición del Derecho penal como un Derecho con un carácter doblemente fragmentario²¹¹. La prevención general positiva imposibilita que se defina como injusto una modalidad de conducta carente de lesividad social. Tal definición socaba la confianza de los ciudadanos en el Derecho penal. Sólo conductas realmente graves pueden ser definidas como delitos. De lo contrario, ha de ser la intervención ilegítima del legislador la que tiene que ser definida como lesiva socialmente por restringir injustificadamente el derecho general a la libertad. Este control de la actividad del legislador posibilita, pues, legitimar el ordenamiento jurídico-penal. De esta manera, los ciudadanos mantienen la confianza depositada en las normas debido a que éstas son fruto de decisiones racionales

210 S.T.C. 62/1982 de 15 de octubre (Ito. jco. 3º A), que tenía por objeto el anterior art. 431 C.P.: « en primer lugar, hay que examinar si el concepto de moral - que es el bien protegido por las resoluciones impugnadas - puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite para el ejercicio de la libertad de expresión; en segundo término, si la respuesta es afirmativa, será necesario precisar en qué medida la moral puede constituir un límite de tal libertad; por último habrá que concretar si tal medida ha quedado o no superada en el caso planteado [...] la Ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 20. Queda así planteada la cuestión de determinar si la moralidad pública puede ser un límite establecido por el legislador o si tal límite afectaría al contenido esencial de la libertad de expresión ». Sobre el problema de la limitación del derecho a la libertad y el contenido esencial, FEJOO, CPC 94, passim; WOLTER, NStZ 93, pp. 3 ss. GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit, pp. 179 ss., vincula los principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad con el límite del contenido esencial de los derechos fundamentales recogido en el art. 19 II de la Constitución alemana (sobre este tema HÄBERLE), equivalente a lo dispuesto en el art. 53 I C. E.

Sobre el hecho de que los tipos deben suponer una limitación legítima de la libertad de actuación en confrontación con otro interés jurídicamente reconocidos, han trabajado en profundidad FRISCH, Verhalten, pp. 69 ss., y su discípulo FREUND, pp. 52 ss., 85 ss., ambos con más referencias. Otros autores han hecho referencias al tema de forma menos exhaustiva: WOLTER, NStZ 93, p. 5, con más referencias; el mismo, GA-FS, p. 290.

211 GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit, p. 208; RUDOLPHI, Maurach-FS, p. 61.

(asumibles en general conforme a los principios y valores vigentes en la Constitución). Sin embargo, todo esto no es suficiente para afirmar la existencia de un injusto merecedor de pena. « El injusto penal es una forma cualificada de injusto »²¹². Así, por ejemplo, el injusto penal consta de una carga subjetiva de la que no goza el injusto civil y tiene una relevancia para la sociedad mucho mayor que los injustos administrativos. Como ha señalado GÜNTHER²¹³, hay que delimitar el concepto de « injusto penal » del « concepto más amplio de injusto, que se forma a través de todas las parcelas jurídicas de un ordenamiento jurídico unitario ». « La razón de la cualificación es el especial merecimiento de pena, que se deriva fundamentalmente del grado de aumento del injusto, o sea, del peso del bien jurídico afectado (desvalor del resultado) y de la reprobabilidad de las modalidades de acción (desvalor de acción) ». Tengo que añadir a estos razonamientos de GÜNTHER que la mayor reprobabilidad de las modalidades de acción puede ser por razones objetivas relacionadas con los elementos del tipo objetivo (por ejemplo, que no todo engaño sea relevante para el Derecho penal, sino sólo el que se pueda calificar como bastante) o por razones subjetivas relacionadas con el tipo subjetivo (por ejemplo, que sólo sea típica una conducta si se dan especiales elementos subjetivos). Por el contrario, la teoría de la prevención general negativa, al igual que el finalismo, difumina la importancia de los elementos objetivos como definidores del « injusto específicamente penal ». La « teoría de la imputación objetiva », entre otras cosas, pretende evitar dicha menor relevancia de los requisitos objetivos del tipo.

- La prevención general positiva favorece otro filtro más: el límite máximo de pena (cantidad y calidad) necesario para preservar la confianza, obligando incluso a ceder el sitio a otros medios de resolver tales perturbaciones sociales menos drásticos (Derecho civil, administrativo, medidas de seguridad y corrección, etc.)²¹⁴. La doctrina ha desarrollado la idea de que la pena para ser legítima tiene que ser necesaria²¹⁵. El recurso a estos medios menos drásticos es obligado en un Estado social y democrático de Derecho si garantizan con la misma eficacia la vigencia de ciertas reglas pero limitan

²¹² GÜNTHER, Causas de justificación, p. 47, con más referencias. MIR, Sistema, p. 35, considera que « la idea de punibilidad ha de atravesar todas las categorías del delito: el tipo ha de verse como tipo penal, el injusto, como injusto penal y la culpabilidad, como culpabilidad penal ».

²¹³ Causas de justificación, p. 47.

²¹⁴ S. T. C. 55/1996 de 28 de marzo (fto. jco. 8º).

²¹⁵ Sobre este aspecto, FRISCH, Stree/Wessels-FS, pp. 77 ss., en profundidad; R. HASSEMER, Schutzbedürftigkeit, pp. 19 ss.; LASCURAIN, Seguridad e higiene, pp. 180 ss., con abundantes referencias.

S. T. C. 55/1996 de 28 de marzo (fto. jco. 8º), que considera que si la pena no es necesaria « se ha producido un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherente a la dignidad de la persona y el Estado de Derecho ».

menos los bienes del autor (carácter subsidiario del Derecho penal). El evitar la desconfianza de los ciudadanos obliga al poder estatal a utilizar todo medio disponible que sea igual de eficaz y útil pero menos aflictivo (por ejemplo, la pena privativa de libertad en lugar de la pena de muerte). Otras ramas del ordenamiento u otras consecuencia jurídica que no sean la pena pueden garantizar la validez del Derecho de forma menos drástica y con menores costes sociales. La pena no se ve legitimada cuando un conflicto puede ser resuelto mediante el recurso a consecuencias jurídicas menos radicales. Por el contrario, la prevención general negativa tiende siempre a elegir la consecuencia jurídica que más pueda coaccionar psicológicamente a terceros, mientras que la prevención especial tiende siempre a la abolición de la pena y su transformación en terapia. De todas maneras, no se debe exagerar la importancia de esta limitación. Es difícil que en general se pueda considerar que la realización de un hecho valorado como injusto penal (merecedor de pena) se pueda solventar debido a su relevancia con una indemnización o con una sanción administrativa. Más importante es la conclusión de que un injusto que en general debe ser respondido con una pena ya que es contemplado como delito en una ley penal, en el caso concreto no debe ser respondido con una pena o sólo debe ser respondido con una medida de seguridad por razones derivadas del caso individual. Es decir, que se pueda acudir a eximentes o causas de exclusión de la pena contempladas en la parte general o desarrolladas por la doctrina (error de prohibición, inimputabilidad, inexigibilidad, etc.). Un buen ejemplo de ello, por ejemplo, es el recurso preferente a las medidas de seguridad en supuestos de semiimputabilidad. Por tanto, aunque un hecho sea merecedor en general de una pena, en el caso concreto se puede mostrar la pena como innecesaria. Las razones que motivan esta decisión pertenecen a la parte general del Derecho penal y no pueden ser desarrolladas en este trabajo.

SILVA²¹⁶ se acerca a la conclusión de este trabajo aunque desde otro punto de vista: « la primera expresión de la síntesis entre los diversos fines en conflicto la constituye la determinación del ámbito de lo «prohibido». Sin embargo, esta síntesis aparece convertida en nueva tesis, a la que se contraponen otros fines que abonan la renuncia al castigo: la síntesis final expresa el ámbito de lo «punible» (o sancionable). Las decisiones en virtud de las cuales se determina el ámbito de lo «prohibido» y de lo «punible» (sancionable) son las dos decisiones político criminales fundamentales, las más ricas en consecuencias. La primera, al expresar cuáles son los objetos de protección penal y las circunstancias en que se protegen, delinea el ámbito de la libertad personal de acción y el ámbito de conductas cuya realización está vetada [...]. La segunda al expresar el ámbito de lo punible (sancionable), realiza una importante selección dentro de las conductas prohibidas, con consecuencias jurídicas evidentemente

²¹⁶ Aproximación, p. 361.

decisivas. Las dos decisiones político-criminales básicas, la que determina lo prohibido y la que determina lo punible (sancionable), permiten obtener la clasificación básica de las conductas a la luz del Derecho penal ».

- Estas afirmaciones son importantes si se considera que se facilita que ambos momentos de la ponderación previa a la definición de una modalidad de conducta como delito pueden ser objeto de control por parte del T. C.²¹⁷. No se puede permitir que la rama del Derecho que tiene como función mantener las reglas elementales de convivencia se coloque en una situación de contradicción con los principios o valores fundamentales y esenciales del ordenamiento²¹⁸. Si la realidad jurídica no se corresponde con los fines generales, es la realidad jurídica la que debe ser modificada. Sólo así se verán cumplidos los principios programáticos de nuestro ordenamiento, cuestión por la que debe velar el T. C. Éste no tiene que limitarse a declarar que no pueden matarse moscas con cañones

217 Desde un punto de vista más material y menos formal a como lo ha hecho hasta el momento, por ejemplo, en las SS.T.C. 62/1982 de 15 de octubre (ftos. jcos. 3º, 4º, 5º, 6º) y 105/1988 de 8 de junio (fto. jco. 2º).

El T. C. mantiene una posición oscura sobre sus posibilidades de control. Así, recientemente, la S. T. C. 55/1996 de 28 de marzo en su fto. jco. 6º, en referencia al fto. jco 3º de la S. T. C. 65/1986, al fundamento jco. 6º b de la S. T. C. 160/1987 y al ATC 949/1988, ha recordado que el T. C. considera que el legislador tiene una potestad exclusiva para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. A ello añade las siguientes consideraciones: « En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional; y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un completo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca ». Esta S. T. C. llega a la siguiente conclusión: « En definitiva, en relación con la proporcionalidad de una determinada pena, este Tribunal no puede, para establecerla, tomar como referencia una pena exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Constitución no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida; pero, tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena, ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento. Como afirmábamos en la STC 53/1985, el legislador « ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento » ».

Sobre los controles que desde hace muchos años viene realizando la jurisprudencia constitucional en Alemania, vid. el artículo de GÜNTHER sobre « Génesis de un tipo penal. Una introducción a cuestiones de la teoría de la labor legislativa penal » en JuS 78. Vid. también: DÜRIG, Grundgesetz Kommentar, art. 1 I/ 32; OTTO, Schröder-GS, pp. 53 s., con más referencias de la literatura y jurisprudencia constitucionales alemanas.

218 CASTALDO, RIDPP 87, p. 903. En profundidad, LASCURAIN, Seguridad e higiene, pp. 184 ss., con abundantes referencias bibliográficas y de jurisprudencia constitucional.

(principio de desproporcionalidad entre fines y medios)²¹⁹, sino que puede controlar si se

219 -----
Sobre el contenido del principio de proporcionalidad la doctrina penal ha aportado bastante poco, suponiendo este principio más bien un control jurisdiccional ciertamente limitado de la actividad legislativa y de ciertas medidas policiales cuando su desproporcionalidad es evidente (GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 207). S.T.C. 62/1982 de 15 de octubre (fto. jco. 5º): « toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en esta materia debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido [...] el Tribunal Constitucional ha de circunscribirse a determinar si el principio de proporcionalidad ha quedado infringido desde la perspectiva del derecho fundamental y del bien jurídico, que ha venido a limitar su ejercicio, por ser las medidas desproporcionadas para la defensa del bien que da origen a la restricción » En el fto. jco. 6º es donde se concreta el principio de no desproporcionalidad al manifestarse que la valoración va referida a que la calificación como delito y las consecuencia jurídicas *no sean desproporcionadas*: El propio T. C. en su sentencia 65/1986 de 22 de mayo (fto. jco 2º) ha considerado que el principio de proporcionalidad se encuentra consagrado en diversos preceptos constitucionales: « los que constituyen a España como Estado de Derecho y proclaman la justicia como valor superior de su ordenamiento jurídico (art. 1) y el que establece que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes son fundamento del orden político y de la paz social (art. 10) podrían invocarse como argumentos a favor de que nuestra Constitución consagre esa idea de proporcionalidad de la pena. En ese sentido se ha movido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y podría recurrirse a precedentes más antiguos, pues tales ideas se desarrollan en Europa a partir del siglo XVIII, dentro de la preocupación humanitaria que aparece en la doctrina penal de esa época y que se refleja en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclama en su artículo 8 que « la Ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias » ». El T. C. en la misma sentencia (fto. jco. 3º) insiste correctamente en que el principio de proporcionalidad es un principio que hay que tener en cuenta en el momento de la elaboración de la ley, debiendo tener en cuenta el juez únicamente el respeto al principio de culpabilidad: « A los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto ».

En consecuencia, el principio de proporcionalidad es un principio perteneciente a la política (criminal) y el principio de culpabilidad un principio perteneciente a la dogmática (penal) (OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, pp. 363 ss.). La infracción del principio de proporcionalidad ha de dar lugar a una cuestión o recurso de inconstitucionalidad y la infracción del principio de culpabilidad ha de dar lugar a un recurso de amparo. Cfr. JAEN, RGD 507, p. 4932, nota 17. Así la S. T. C. 150/1991 de 4 de julio (fto. jco. 4º): « el juicio de proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general en relación a un hecho punible es competencia del legislador, en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho, como el que la C. E. consagra en su art. 1.1. En efecto, el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a su previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad derivado de ella ».

En tiempos recientes, el T. C. ha vuelto a preocuparse de principio de proporcionalidad en materia penal en la S. T. C. 55/1996, que señala como el T. C. ha declarado a lo largo de diversas sentencias que « la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SsTC 62/1982, fundamento jurídico 5º; 66/1985, fundamento jurídico 1º; 19/1988, fundamento jurídico 8º; 85/92, fundamento jurídico 5º y 50/1995, fundamento jurídico 7º) ». Y señala como se han utilizado también otras fundamentaciones de este principio « como principio derivado del valor justicia (SsTC 169/1987, fundamento jurídico 6º; 50/1995, fundamento jurídico 7º y 173/1995, fundamento jurídico 2º), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, fundamento jurídico 6º), del principio de interdicción de los poderes públicos (SsTC 6/1988, fundamento jurídico 3º; 50/1995, fundamento jurídico 7º) o de la dignidad de la persona (STC 160/87, fundamento jurídico 6º) ».

Sobre el principio de proporcionalidad, ampliamente, CEREZO, PG, p. 31; COBO/VIVES, PG, pp. 69 ss; WOLTER, *Derechos humanos*, pp. 51 ss.; ZUGALDIA, *Fundamentos*, pp. 263 ss.

Con respecto al Derecho alemán cfr. la importante sentencia del Tribunal Constitucional Federal

pueden matar moscas y la manera de matarlas sin dañar la estructura del edificio que supone el ordenamiento jurídico. La imputación penal cobra, así, legitimidad porque desempeña una *función en la sociedad de libertades y crea libertad*²²⁰. Para que el Derecho penal asiente la confianza en las normas que configuran la convivencia en un Estado de libertades tiene que tener, por un lado, un tipo que suponga una limitación de la libertad asumible por parte de los ciudadanos en beneficio de otros intereses y, por otro lado, la consecuencia jurídica ha de ser de una clase y cantidad asumibles por parte de todos los ciudadanos si realizan ese hecho desvalorado por la norma de conducta. Una legislación con preceptos en los que se cercena de forma desmesurada la libertad de actuación no puede aspirar a asegurar la confianza en las normas ni exigir legítimamente respeto. Por ejemplo, a todos nos parecería evidentemente ilegítimo que una imprudencia simple justificara la imposición de una pena de 20 años. La pena se ve justificada si un ciudadano no considerara desproporcionado que le impusieran la misma pena por el mismo hecho. Si esa pena es la justa para uno mismo de acuerdo con los valores y principios constitucionales, es la justa también para los demás²²¹. En este sentido creo que hay que tener en cuenta la afirmación de JAKOBS de que una de las funciones de la pena es el « ejercicio en la aceptación de las consecuencias »²²². Este ejercicio de aceptación no legitima la pena, sino que es manifestación concreta de dicha legitimación. La pena no puede pretender que todo culpable reconozca la pena que se le impone como justa y legítima, ya que la pena dependería de la sinceridad consigo mismo del autor. Pero la prevención general positiva obliga a que cualquier ciudadano pueda considerar aceptable, legítima y « justa » para él mismo esa pena que se impone a otro si hubiera hecho lo mismo. Toda persona racional podría estar de acuerdo con esa sanción también para él. De lo contrario, sólo se podría entender al Derecho penal como una forma de terror y opresión.

En definitiva, los límites inherentes a la prevención general positiva posibilitan el respeto a la dignidad y libertad de las personas, impidiendo que los ciudadanos se conviertan en meros objetos de la lucha por la ley y el orden. La prevención general

Aleman 39, 47 y las sentencias recogidas por FRISCH, Stree/Wessels-FS, p. 79, notas 46 s.

²²⁰ FEIJOO, CPC 94, pp. 110 s.; JESCHECK, PG, 1 I; LASCURAIN, Seguridad e higiene, p. 178: « Una norma penal y, en general, una norma coactiva será ilegítima en cuanto tal si la norma de comportamiento que prescribe no sirve a la ampliación de los márgenes de libertad propios de un sistema democrático de convivencia; MIR PUIG, Derecho penal, p. 121.

²²¹ NINO, Consideraciones, p. 113: « Una persona no puede sostener, por ejemplo, que debe ir a la cárcel su deudor que no le paga y no mantener tal prescripción en relación a él mismo cuando no paga a sus acreedores, a menos que muestre alguna diferencia relevante entre ambos casos. Esto es lo que permite que, hasta cierto punto, las discusiones en materia moral puedan resolverse racionalmente ».

²²² PG, 1/15.

positiva permite justificar la pena impuesta como una justa retribución y, al mismo tiempo, asume sus propios límites en virtud de su clara vocación de tener única y exclusivamente utilidad para la convivencia en el marco de nuestro Estado de Derecho. La función positiva de la pena con respecto a todos los ciudadanos sólo se puede entender, pues, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

2. Ciertas críticas ideológicas o político criminales contra la prevención general positiva van referidas a que ésta puede servir para legitimar lo ilegítimo debido a que se puede utilizar para cualquier tipo de ideología (por ejemplo, una dictadura militar) o para mantener un estado de injusticia social²²³. En mi opinión, ello no es cierto. La visión de la prevención general positiva como función del Derecho penal es hija de una situación cultural concreta: los Estados democráticos avanzados y las sociedades pluralistas. No es posible trasladar esta teoría de la pena a sociedades que no se pueden calificar como tales. En esos casos sólo puede primar la prevención negativa. En un Estado que no merezca el calificativo de Estado de Derecho no existen ciudadanos sino súbditos y no se basa en la confianza sino en el temor. Como ya he dicho, el Derecho penal no puede ser más legítimo que el orden político-social en el que desarrolla su tarea, por lo que la teoría de la prevención general positiva presupone siempre la existencia de un Estado de Derecho legítimo. Es cierto que se puede manipular esta teoría, pero eso es un peligro que corre toda formulación teórica. Todas las teorías político criminales y de la pena corren ese peligro, hasta las de la retribución. No hay más que pensar en la utilización de la prevención especial en la antigua U. R. S. S. La teoría de la prevención general positiva no define la función de las sanciones penales en la realidad, sino que versa sobre la tarea social legítima que le corresponde desempeñar al Derecho penal. En definitiva, pretende legitimar la pena estatal. Las teorías de la pena no son teorías que describan la función que desempeña la pena en la vida social (sociológicas o empíricas), sino qué función debe desempeñar (normativas)²²⁴. Las investigaciones empíricas sobre las consecuencias de la pena en la psicología individual o social sólo pueden ocupar un lugar secundario, pero no pueden fundamentar una teoría global del Derecho penal. Al igual que la teoría de la prevención especial positiva no pretende afirmar que todo delincuente se va a ver resocializado o la de la prevención general negativa que todo el mundo se va a ver intimidado y no va a delinquir, la teoría de la prevención general positiva no pretende afirmar que la pena sin más va a conseguir que todo ciudadano vaya a confiar de forma

²²³ BARATTA, CPC 84, pp. 549 s., desde un punto de vista extradogmático: la criminología crítica y un proyecto de reforma radical y alternativa al sistema penal; ZAFFARONI, L-H Fdez. Albor, *passim*.

²²⁴ HASSEMER, Einführung, p. 329.

plena en el ordenamiento jurídico o vaya a respetar las normas. Se trata de un fin programático como medio para los fines de un determinado orden constitucional. La prevención general se acercará más a su correcto funcionamiento no sólo cuanto más legítimo sea el ordenamiento jurídico-penal, sino también el ordenamiento jurídico y el orden político-social en su conjunto²²⁵. El Derecho penal no es más que la *extrema ratio* de la política social²²⁶. Si la política social es ilegítima el Derecho penal también lo será. No existe un Derecho penal legítimo sin un sistema social legítimo. Insisto en que circunstancias como la desconfianza de los ciudadanos frente al sistema político-social o sus gobernantes, el que el Estado no respete a sus ciudadanos o la existencia de tipos de dudosa legitimidad socavan esa función de prevención general positiva. El Derecho penal por sí sólo no fundamenta la confianza de los ciudadanos y el convencimiento de que la mejor manera de disfrutar una vida en libertad es respetando todas ciertas reglas indispensables. Es preciso que ese orden social en el que interviene la pena se encuentre legitimado²²⁷. La prevención general positiva disfruta de otra gran ventaja: permite discutir los problemas sobre la legitimidad de una sociedad de forma clara sin echarle las culpas al Derecho penal, cuando éste no es más que un síntoma de una sociedad con graves deficiencias. Muchas veces se ataca al Derecho penal como medio para atacar al

225 -----
Volviendo al ejemplo de los delitos contra la Hacienda pública, máximo exponente de las finalidades intimidatorias del legislador, una vez más tengo que mostrar mi acuerdo con BAJO, PE, XVII/8 ss.: « El fracaso de una política criminal dirigida a la represión del fraude fiscal ha de imputarse a todos los factores de dicha política, entre los que se encuentra no sólo la Ley penal sino también la eficacia de la inspección tributaria, la idoneidad del sistema fiscal, el aumento de la conciencia ciudadana en sus deberes de contribución a las cargas públicas, la confianza general sobre la justa distribución del gasto público, etc. En este sentido, cabe sostener que el hoy derogado delito fiscal del artículo 319, no fracasó sino que ha contribuido eficazmente, con el resto de medidas de política fiscal desplegadas por los distintos Gobiernos, a aumentar la disciplina fiscal de los ciudadanos. Perseverar en la línea trazada, aumentando la eficacia de la inspección tributaria en la represión del fraude, ayudando a la Administración de justicia en la recta aplicación de los nuevos delitos contra la Hacienda Pública y, sobre todo, colaborando para que se produzca un equilibrio dialéctico entre la disciplina de ingresos y la disciplina de gastos de modo que el ciudadano mejore el cumplimiento de sus deberes tributarios en función de la confianza que va adquiriendo en el justo sistema de la política de gasto público constituye un imperativo categórico ».

226 MORILLAS, L-H Fdez. Albor, p. 516, con más referencias. Pp. 516 s.: « El mejoramiento social, la formación de los individuos corresponde a otros sectores de la actividad pública. Debe hacerse a través de planteamientos culturales y económicos equitativos y adecuados a la igualdad entre los ciudadanos. Por otra parte la modelación de la realidad se produce en mayor medida a través de las creencias, los hábitos, las convicciones, las ideologías, que a través de la virtualidad de las normas jurídicas. Se trata más, en este sentido de la prevención general, de lo que Kaufmann denomina socialización dirigida a una actitud fiel al derecho, que en ningún caso es una tarea exclusiva del Derecho penal ».

227 Sobre la deslegitimación del discurso jurídico-penal en Latinoamérica debido a su « estado de excepción permanente », ZAFFARONI, L-H Fdez. Albor, pp. 762 ss. Este es un ejemplo de que no puede existir un Derecho penal legítimo en un sistema jurídico-social que no respete unos mínimos y merezca un calificativo similar al nuestro: Estado social y democrático de Derecho. Ello no obsta a que cuanto más se merezca nuestro sistema jurídico social dicha definición más legitimada se verá el Derecho penal ante los ojos de los ciudadanos.

sistema político-social. Por otro lado, es evidente que el Derecho penal debe también de cuidar de su propia legitimación e imagen y poder fundamentar por qué los injustos punibles han de entenderse como injustos agravados. Como he desarrollado más arriba, ello se consigue mediante principios político criminales: teoría del bien jurídico, carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal²²⁸, etc.

IX. Diferenciación con otras posiciones

1. La concepción defendida en este trabajo se define por partir de una concepción normativo-constitucional de la persona a la que se le imputa una pena. Por ello no tiene ninguna relación con las teorías psicoanalíticas de la prevención general positiva que parten de una concepción psicológica o psicoanalítica de la persona (2.). Pero aunque se parta de una concepción normativa o valorativa de la persona en el Derecho, que no la tenga en cuenta sólo como ente psíquico, no se comparte la opinión de aquellos que niegan que la culpabilidad o el delito tienen un fundamento funcional relacionado con el correcto funcionamiento de la vida social (3.).

2. En mi opinión, las críticas que ha recibido la prevención general positiva en nuestro país carecen de los matices necesarios. Se ha atacado a todo lo que mereciera el calificativo de prevención general positiva, sin diferenciar suficientemente entre la multitud de posiciones que se agrupan bajo este título. No se ha diferenciado de forma suficiente entre las distintas teorías preventivo generales²²⁹. En este trabajo se insiste en que lo que justifica al Derecho penal es garantizar y estabilizar unos mínimos que nos permitan evitar la guerra de todos contra todos y posibilitar que el Estado pueda desarrollar la política social que tiene encomendada por la Constitución. Así, por ejemplo, las críticas de MIR PUIG, MORALES, PEREZ MANZANO y SILVA a la prevención general entendida como teoría psicológica o psicoanalítica de la prevención general positiva son perfectamente asumibles²³⁰. No es extraño que estas

²²⁸ Como ha puesto en evidencia MIR PUIG, Estudios, p. 215, la teoría del bien jurídico no soluciona por sí sola todos los problemas de legitimidad. Sobre las consideraciones jurídico-constitucionales en relación a la función político criminal del tipo penal, AMELUNG, Sistema, p. 97, con base en la teoría de GÜNTHER del injusto penal como injusto agravado (prohibición o mandato bajo pena).

²²⁹ Un estudio detallado y profundo de las diversas posiciones que se pueden encuadrar dentro de la teoría de la prevención general positiva en FRISTER, Struktur des « voluntativen Schuldelements », pp. 27 ss.

²³⁰ Fundamentan la prevención general positiva en razones derivadas del psicoanálisis, la sociopsicología o la psicología profunda: FRISCH, Vorsatz, pp. 46 ss., 102 s. y passim; HAFFKE, Tiefenpsychologie, passim; KILLIAS, SchwZStr. 97, passim; LUZON, Prevención, passim, aunque como aspecto secundario y derivado de la intimidación general; el mismo, Estudios, pp. 309 ss.; el mismo, ADP 94, pp. 29, nota 38, 32; MOOS, Pallin-FS, pp. 300 ss.; STRENG, ZStW 101, pp. 286 ss.

Llevar a cabo una exposición de esta teoría y sus inconvenientes, BOCK, JuS 94, pp. 96 ss.;

críticas se hayan extendido a toda formulación que se atreva a autodenominarse prevención general positiva, si tenemos en cuenta que las primeras formulaciones de teorías preventivo-integradoras se basaban en la psicología profunda o el psicoanálisis²³¹. Sin embargo, considero que las críticas no se pueden extender a posiciones más normativas y que, por ello, es preciso reivindicar un tratamiento separado y diferenciador²³². Las posiciones más modernas, normativas y que cobran mayor número de partidarios sobre la prevención general positiva ya poco tienen que ver con estos orígenes psicologicistas. No se puede confundir la necesidad de establecer y restablecer unas pautas mínimas de convivencia (posición normativa) con la necesidad que tiene el Estado de estabilizar los sentimientos de la mayoría (posición psicologicista). La versión psicoanalítica que defiende que la tarea de la pena consiste en suponer un contrainpulso al efecto contagioso que tiene el delito debido a la propensión natural que tenemos todos a no respetar las normas y atentar contra los demás, no tiene nada que ver con la posición que se pretende mantener aquí. Tampoco el querer legitimar la pena como instrumento de satisfacción interna para los « ciudadanos normales y fieles a las normas » y así conseguir, en palabras de DURKHEIM, « el fortalecimiento de la conciencia colectiva »²³³. Estas posiciones se merecen las mismas críticas que las ya recibidas por la prevención general negativa: atentan contra el efecto impeditivo que tiene la dignidad en nuestro ordenamiento al manipular personalidades, infringen el principio de culpabilidad al utilizar al delincuente como medio para que otros no delincan y carecen de la posibilidad de limitar racionalmente el *ius puniendi* (delitos de escasa lesividad pueden ser castigados de forma brutal si ello es necesario para la satisfacción de los demás o para evitar el contagio). Los partidarios de estas teorías psicologicistas pretenden obviar esta concordancia de problemas con la prevención general negativa mediante un revestimiento científico, pero los datos de los que parten, relacionados con la psicología de masas, no se encuentran debidamente contrastados. Estas teorías previenen la futura comisión de delitos por parte de los ciudadanos, pero de forma más torticera, menos evidente y más irracional que la prevención general negativa porque recurren al inconsciente colectivo:

- Por un lado, consideran que la desaprobación simbólica del comportamiento y de la actitud interna del autor fortalece a nivel subconsciente los mecanismos inhibitorios contra el contagio que aparecería si no interviene la pena, debido a la potencial identificación de los otros sujetos con el autor de la violación.

FRISTER, Struktur des « voluntativen Schuldelements », pp. 34 ss.; LESCH, JA 94, pp. 517 s.; NEUMANN/SCHROTT, Neuere Theorien, pp. 102 ss.

En la literatura española DIEZ RIPOLLES, Elementos subjetivos, pp. 155 ss. lleva a cabo, en profundidad, una exposición de esta perspectiva del Derecho penal, incluyendo en la misma sus diversas variantes. Recoge los inconvenientes y críticas que se le han planteado a esta perspectiva desde diversas posturas en pp. 246 ss., 273 ss.

²³¹ HASSEMER, Einführung, p. 326.

²³² Distinguen entre ambas posiciones, de forma correcta, BARATTA, CPC 84, pp. 539, 550; NEUMANN/SCHROTT, Neuere Theorien, pp. 103 ss.

²³³ Cfr. NEUMANN/SCHROTT, Neuere Theorien, pp. 99 ss.

- Por otro lado, mantienen que el delincuente es identificado con un « chivo expiatorio » con cuyo sufrimiento la gente descarga sus sentimientos internos de culpabilidad y se siente más unida debido a su autodefinición como colectivo frente al infractor. Mediante la estigmatización del autor y el consiguiente distanciamiento colectivo de los delincuentes se consigue una importante función psicológica social: fortalecer la cohesión e integración del grupo.

Pero no es legítimo perseguir una conciencia colectiva mediante la imposición de la pena como « acto expiatorio simbólico » para que los « ciudadanos fieles a las normas » se vean satisfechos y descarguen sus sentimientos de culpabilidad, ni evitar el efecto de contagio que supone el hecho de que una persona se haya dejado llevar por sus impulsos, no haya sido fiel a la norma y haya emprendido lo que todos tienen ganas de hacer. Ello no significa que las ciencias empíricas no demuestren que existen estos efectos como efectos latentes, pero no se pueden aceptar como fundamento del Derecho penal en un orden político-social en el que se define a los ciudadanos como seres iguales, libres y racionales.

3. En segundo lugar, es preciso hacer una breve mención a una de las escuelas que de forma más atractiva han intentado fundamentar el principio de culpabilidad en los últimos tiempos y que engloba a autores como M. KÖHLER²³⁴, E. A. WOLFF²³⁵, SCHILD²³⁶ o ZACZYK²³⁷ que defienden una « culpabilidad de la voluntad libre » (« Willensschuld ») o, mejor dicho, una « culpabilidad por la posibilidad de elección » (« Wahlschuld »²³⁸) fundamentada filosóficamente en el indeterminismo y en el idealismo alemán (principalmente KANT): la caracterización del ser humano como ser racional, libre y autónomo. Se trata de la otra gran corriente de pensamiento que intenta fundamentar la imputación jurídico-penal, frente a los sistemas teleológico-funcionalistas. Se podría definir como un liberalismo subjetivista-racional. KINDHÄUSER la denomina « versión kantiana del liberalismo racional »²³⁹. En palabras de CALLIESS²⁴⁰, se trata de una « nueva teoría de la retribución » que se opone a que la declaración de culpabilidad tenga alguna finalidad. KÖHLER ha expuesto dicha concepción ampliamente en su monografía DIE BEWUSSTE FAHRLÄSSIGKEIT fundamentando la culpabilidad en « un proceso

234 Begriff der Strafe, pp. 50 ss.

235 Handlungsbegriff, pp. 24 ss.; Gallas-FS, passim; ZStW 97, passim (en especial, pp. 806 ss.).

236 Se ocupa de la imprudencia en AK antes de 13/201.

237 Unrecht, pp. 126 ss.

238 Cfr. KÖHLER, Fahrlässigkeit, pp. 191 ss. El capítulo 7 de esta monografía de KÖHLER está dedicada a dicha concepción de la culpabilidad. Se trata de que el sujeto es libre en su decisión de seguir o no la norma.

En el marco de esta concepción se han desarrollado los interesantes trabajos de KAHLO sobre la relación normativa entre infracción del deber y resultado. Su exposición crítica a las concepciones expuestas en este trabajo en el Cap. I se desarrollan desde esta perspectiva del Derecho penal.

239 ZStW 107, p. 704, desarrollando en las pp. 703 ss. de este artículo sus críticas.

240 NJW 89, p. 1339.

autónomo de culpabilización »²⁴¹. Esta posición cobra un especial interés desde el punto de vista de la imputación a título de imprudencia, ya que ha sido desarrollada principalmente en una monografía sobre la imprudencia consciente. KÖHLER llega a la siguiente conclusión en su trabajo²⁴²: « Una fundamentación consistente de la punibilidad exige también para la imprudencia (consciente) un concepto de culpabilidad en el sentido de una autocontradicción del sujeto fundamentada en sí mismo (Willensschuld)²⁴³ ». Este autor ha buscado con su obra una fundamentación filosófico-moral de la culpabilidad. La culpabilidad se basa en la racionalidad defectuosa. El autor del delito se contradice a sí mismo como racional mediante su hecho irracional (delictivo). El hecho de defender una concepción normativa de la culpabilidad implica todas las críticas que se le podrían formular a la concepción de KÖHLER²⁴⁴. La idea de retribución debe estar ligada al funcionamiento de la vida social, en la línea en la que HEGEL superó la teoría retributiva metafísica y atemporal de KANT. No es posible concebir la culpabilidad como algo que tiene un fundamento que carece de relación con una determinada sociedad y de sus necesidades. El delito no supone una mera contradicción o negación de uno mismo como ser racional, libre y autónomo²⁴⁵. El hecho delictivo no puede fundamentarse sólo subjetivamente como un hecho irracional que supone una autocontradicción como ser racional. En nuestro sistema constitucional la culpabilidad no puede tener su fundamento en no mantenerse fiel uno a sí mismo como esencia racional. El delito es, tal y como lo entendió HEGEL, la lesión o negación del Derecho como Derecho, como algo general y válido para toda situación. La culpabilidad no supone sólo un proceso de corrupción de uno mismo como persona racional²⁴⁶. El Derecho no es más que un sistema de organización de la vida con otros²⁴⁷. Y no es preciso acudir más allá de la sociedad para fundamentar la culpabilidad (el delito). Normativamente sólo nos interesa un sujeto dentro de un entramado social, en su relación con otras personas sociales. Esa persona social puede ser definida por la sociedad de forma más individualizada (como la tiene en cuenta el Derecho penal) o de forma más desindividualizada (como la tiene en cuenta, por ejemplo, el Derecho civil). Pero ya no se trata de un individuo en una especie de « estado natural » o en un estado idílico que pueda decidir

241 -----
KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, pp. 35, 385 y *passim*. Ya en *Begriff der Strafe* había planteado su teoría neoretributiva de gran interés.

242 *Fahrlässigkeit*, p. 414.

243 HEGEL, *Grundlinien*, § 135 definía el deber como la « falta de contradicción o concordancia formal consigo mismo ».

244 Vid. su repulsa a una concepción funcional-normativa de la culpabilidad como « una forma extrema de interpretación heterónoma-normativa de la culpabilidad » en *Fahrlässigkeit*, pp. 376 s.

245 KÖHLER, GA 81, p. 286; el mismo, *Begriff der Strafe*, pp. 29 s.; el mismo, *Fahrlässigkeit*, pp. 334, 397 y *passim*; ZACZYK, *Unrecht*, p. 201. Esta contradicción parte del imperativo kantiano « actúa sólo conforme a aquella máxima que puedas querer que se convierta en una ley general ». Sobre este imperativo, en profundidad, KAHLO, *Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges*, pp. 284 ss.; ZACZYK, *Selbstverantwortung*, pp. 20 s.

246 KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, p. 190, basándose en la obra de ARISTOTELES y de KANT, pp. 385 ss. y *passim*.

247 Como correctamente lo expone E. A. WOLFF, *Handlungsbegriff*, pp. 29 ss., en su acercamiento a la « teoría social de la acción ».

sólo conforme a sus propios criterios y máximas de conducta²⁴⁸. En sociedad sólo se puede constituir la propia identidad teniendo en cuenta a los otros integrantes de la vida social. La posición de KÖHLER sólo podría llegar a ser compartida en un Estado ideal equivalente a una república moral²⁴⁹, es decir, en un sentido kantiano, pero el principio de culpabilidad tiene que desempeñar una tarea efectiva en nuestra sociedad contemporánea. El Estado no tiene como tarea posibilitar al hombre que actúe moralmente libre. El Estado moderno no se fundamenta en buscar la implantación de la felicidad y la razón sobre la tierra, sino en posibilitar una vida en común que facilita el que cada individuo satisfaga sus propias necesidades²⁵⁰. Lo racional y los ámbitos de libertad son definidos en los procedimientos establecidos por el ordenamiento para ello, y en ese discurso se entrecruzan los intereses más variados que buscan moldear la decisión final²⁵¹. Por tanto, la infracción del ordenamiento jurídico no se puede hacer equivalente a la infracción de las máximas de conducta que cada uno considera más racionales. El hecho de que haya que tener en cuenta en ese proceso discursivo intereses incluso contrapuestos, hace que individualmente algunos ciudadanos puedan tachar ciertas normas de irracionales o inmorales (cosa que, por otro lado, los dogmáticos solemos hacer con algunos preceptos). Lo subjetivamente racional no coincide siempre necesariamente con lo considerado intersubjetivamente como correcto o incorrecto. Un Derecho democrático y pluralista no puede basar la vigencia y validez de la norma en motivaciones puramente subjetivas. Si lo hace se incurre en la anarquía ya que quien no acepta la norma no estaría obligado a ella. El Derecho, pues, perdería su sentido. Por ejemplo, todo aquél que debido a sus convicciones religiosas considere todo aborto como un « asesinato » no puede ejercitar la legítima defensa contra abortos considerados por el C. P. como conformes a Derecho. En un aspecto, sin embargo, he de mostrarme de acuerdo con las propuestas de esta escuela subjetivista-racional sobre las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos: en un sistema legítimo como los de las democracias en Europa occidental no se puede tratar al ciudadano como si el ordenamiento supusiera un sistema de poder que no tiene nada que ver con él y de acuerdo con la conocida expresión hegeliana se le pueda tratar como a un perro contra el que se levanta un palo. La persona es una persona libre que no necesita la permanente *determinación o intimidación externa*, sino que organiza sus asuntos respetando los valores legítimos formalizados en el ordenamiento que son los que le permiten el desarrollo de su personalidad como ser libre, racional y autónomo. Si la persona se ve motivada en todo momento por una norma que le dice lo que tiene y lo que

²⁴⁸ En este sentido, es definitiva la crítica de JAKOBS, ADP 92, pp. 1075 s., en su polémica con esta escuela, aunque la concepción material de la culpabilidad de JAKOBS peca de ser mucho menos « romántica »: « Este punto de partida sólo podría resultar satisfactorio desde el punto de vista teórico si el ámbito del Estado, del que provienen las normas jurídico-penales, estuviese por encima de la pugna de intereses que se desarrolla dentro de la sociedad civil, eso es, si el Estado pudiese mantenerse frente a la sociedad civil como ámbito de moralidad sustancial, en la que las personas fuesen a la vez en sí mismas y generales ».

²⁴⁹ CALLIESS, NJW 89, pp. 1340 s., indica como esta « nueva teoría de la retribución sólo es posible en el contexto de una comprensión alternativa de la sociedad ».

²⁵⁰ KÖHLER, ZStW 104, p. 15.

²⁵¹ Cfr. KINDHÄUSER, ZStW 107, pp. 722 ss., sobre la legitimación democrática; E. A. WOLFF, ZStW 97, p. 821.

no tiene que hacer no se puede considerar una persona libre, racional y autónoma. Según esta posición el ciudadano emprendería en todo momento no lo que él ha decidido sino lo que un poder externo le dicta. Esta concepción no es en absoluto compatible con nuestro sistema constitucional de libertades ni con los principios de autonomía y autorresponsabilidad que fundamentan la capacidad de imputación. Pero tampoco es compatible con un sistema en el que las personas se vean determinadas de forma heterónoma por las máximas morales de otros. En la vida social no se puede depender de lo que otro subjetivamente considere como racional. El establecimiento de los límites en la libertad de actuación no se pueden dejar en las manos de cada uno. Como ha afirmado PODLECH²⁵² desde la doctrina constitucional, « sólo si un orden estatal garantiza jurídicamente al individuo un espacio de juego para su conducta dentro del cual puede actuar libremente como *personalidad autorresponsable*, y reconoce que él mismo puede determinar como se relaciona con su medio ambiente social, es decir, sólo si el ordenamiento jurídico garantiza al individuo la libertad en las correspondientes relaciones personales, puede esperar ese orden estatal aceptación ». Y esa libertad debe estar protegida tanto frente al Estado como frente a la arbitrariedad de otros ciudadanos. La escuela subjetivista-racional no ha desarrollado un fundamento de la culpabilidad y reglas de la imputación propiamente jurídicos, sino meramente morales. Nos encontramos ante una teoría perfectamente válida como teoría moral, pero « ingenua » como teoría jurídica. Como ha señalado el propio ZACZYK²⁵³, con referencia a FICHTE, si se tiene en cuenta que el Derecho se construye con base en las relaciones del individuo con otros seres humanos, su base es la relación interpersonal externa. Pero esa relación interpersonal externa no tiene sólo influencia en el injusto, sino también se ha de tener en cuenta para el fundamento de la culpabilidad.

X. La protección de bienes jurídicos mediante la prevención general positiva

1. La doctrina mayoritaria considera que la función básica del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos. Se considera en general que esta es la función que legitima y fundamenta la existencia del ordenamiento jurídico-penal. Es la función que para muchos autores define al ordenamiento punitivo, la que le otorga su sentido teleológico²⁵⁴. La evolución de la teoría del bien jurídico ha ido estrechamente ligada a la

²⁵² AK, Art. 1 par. 1º/20 (resaltado en el original).

²⁵³ Selbstverantwortung, pp. 22 s. Vid. también E. A. WOLFF, ZStW 97, pp. 814 ss.

²⁵⁴ Vid. por todos, CEREZO, PG, p. 17; GARCIA-PABLOS, PG, p. 93, que después de exponer los argumentos que se han manejado a favor y en contra de la prevención general positiva en la literatura española, llega a la conclusión de que « la pena puede cumplir, también, una función « integradora ». De hecho, la cumple. Sin embargo, no es ésta la función esencial del castigo. La pena se justifica y legitima en cuanto instrumento eficaz para la protección de bienes jurídicos, no por su capacidad de integración social »; MIR PUIG, Introducción, p. 97, para el que la función de la pena es « la protección de bienes jurídicos a través de la prevención »; PEREZ MANZANO, Culpabilidad, p. 287: « la prevención general positiva no puede ser concebida como una teoría de la justificación del Derecho penal, por tanto no puede

evolución de la teoría del tipo de injusto. Piensese, por ejemplo, en la relación directa entre la « teoría de la adecuación social » y el concepto funcional de bien jurídico en WELZEL. E, incluso, la relación directa entre la teoría del injusto de este autor y su concepto funcional de bien jurídico. La pregunta es: ¿ Supone la prevención general positiva una negación de la función protectora de bienes jurídicos ? En este trabajo no se pretende poner en duda que el Derecho penal protege bienes jurídicos. Pero el Derecho penal como parte del ordenamiento no encuentra su sentido material en esa labor de protección, sino que esta labor no es más que una consecuencia de su función primordial: mantener la confianza y el respeto a las normas esenciales de convivencia. Con esta función se protegen los bienes jurídicos, como elementos básicos del orden sociopolítico orientado a la protección y desarrollo de la personalidad²⁵⁵. Además, esa es una función que desempeñan todas las ramas del ordenamiento jurídico así como otras instancias sociales (sistema sanitario, por ejemplo), por lo que no puede otorgar al Derecho penal su carácter peculiar²⁵⁶. La peculiaridad del Derecho penal reside en protegerlos de una determinada manera²⁵⁷. La protección de bienes jurídicos como función básica tal y como la concibe un amplio sector doctrinal da lugar a un punto de vista teleológico-formal sin límites materiales. Por el contrario, sólo nos interesa a los penalistas un determinado hecho en la vida social o real desde el punto de vista de la retribución de acciones culpables (acciones antijurídicas reprochables). La constatación de que el Derecho penal sólo protege los bienes jurídicos de una determinada manera se ha incluido siempre dentro de la definición del Derecho penal como Derecho fragmentario: no son penalmente

sustituir la función de protección de bienes jurídicos que le corresponde al Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho »; POLAINO, Bien jurídico, pp. 21 ss. y passim.

²⁵⁵ Coincido, pues, con WELZEL, PG, p. 4, en que la protección de bienes jurídicos es una función secundaria del Derecho penal, pero difiero en que la principal consista en una « función ético-social » (pp. 1 ss.). ROXIN, PG, 2/35, manifiesta una opinión opuesta a la de WELZEL.

En una posición cercana a la que se mantiene en este trabajo, FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 80 ss., se refiere a la « lesión de la validez de la norma con significado para un Derecho penal de protección de bienes »; OTTO, Schröder-GS, p. 55, para el que lo decisivo es que se perturbe o se pongan en entredicho las reglas de relación social. Vid. también KINDHAUSER, Gefährdung, p. 136; RUDOLPHI, Honig-FS, pp. 158 ss.

En contra de la posición del texto, WOLTER, Zurechnung, pp. 24, 302. En los delitos de peligro abstracto, sin embargo, reconoce que la protección de bienes jurídicos concretos no define el contenido de la norma, sino que es sólo el motivo del legislador (pp. 319 s.). ¿ Por qué hacer excepciones ? ¿ Por qué no decir lo mismo de todos los tipos penales ? Lo mismo se puede decir de aquellas posiciones que fundamentan el desvalor de la tentativa idónea en el peligro para bienes jurídico y el de la tentativa inidónea en la perturbación de la paz jurídica (cfr. ROXIN, Chengchi Law Review, p. 254).

²⁵⁶ CEREZO, PG, pp. 17, nota 2, 18; GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit, p. 153, con más referencias. Aunque a continuación (pp. 154 ss.) sus conclusiones no tengan la menor similitud con las aquí defendidas.

²⁵⁷ CEREZO, PG, p. 17, nota 2; GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit, p. 169: « El Derecho penal no se diferencia de las otras ramas jurídicas en virtud de la protección de bienes jurídicos sino en virtud de la forma de proteger bienes jurídicos ».

relevantes todos los ataques, sino determinadas modalidades de ataque²⁵⁸. Modalidad de ataque que viene recogida en cada norma penal. El bien jurídico-penal supone un bien protegido de una determinada manera por el ordenamiento punitivo²⁵⁹. Así no es incompatible con lo dicho hasta ahora la afirmación de SILVA²⁶⁰ de que « el tema de nuestro tiempo no es [...] la construcción de una teoría del bien jurídico, sino más bien, de una teoría del bien jurídico penalmente protegido ». Lo que es incompatible con la posición mantenida en este trabajo es la idea de la protección a ultranza de objetos materiales que se identifican como la personificación de bienes jurídico-penales²⁶¹. Ello conduce a que se entienda el Derecho penal como un Derecho meramente protector o policial²⁶² y la pena como una simple medida policial de seguridad contra todo ataque a un objeto material (equivalente a la regulación de las vacunaciones)²⁶³. El Derecho penal queda convertido así en un mero Derecho de prevención de conductas lesivas o peligrosas. Sin embargo, hay que objetar a esta idea que las sociedades no se constituyen para preservar a lo largo del tiempo objetos materiales a cualquier precio. El Derecho penal no garantiza la incolumidad de todo bien que le parece interesante, sino que

258 SILVA, Aproximación, p. 290, con más referencias.

259 SILVA, Aproximación, p. 276.

260 Aproximación, p. 277. Muestran su acuerdo, FDEZ. RGUEZ., ADP 94, p. 96 y LUZON, PG, p. 328. MIR PUIG, PG, p. 101: « El concepto de « bien jurídico » es, pues, más amplio que el de « bien jurídico-penal » »; el mismo, Estudios, *passim*. P. 205: « No todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico-penal ». Vid. también FRISCH, Stree/Wessels-FS, pp. 76 ss.

261 H. MAYER, Strafrecht des Deutschen Volkes, p. 195, que fue uno de los autores alemanes que en la década de los años 30 combatió el denominado « dogma causal » imperante en la época: « Si se define el delito como lesión de bienes jurídicos no se trata en realidad de una concepción falsa, pero sí incompleta ». Vid. también GA 84, p. 78 y PG, pp. 50 s. WELZEL, Abhandlungen, p. 229: « El contenido material de los preceptos penales no es la simple protección de bienes jurídicos ». Sobre las posiciones de autores que en la década de los años 30 criticaron en Alemania la exageración de la importancia concedida al concepto de bien jurídico, AMELUNG, Rechtsgüterschutz, pp. 251 ss.; POLAINO, Bien jurídico, pp. 164 ss. Aunque, en realidad, este movimiento de los años 30 tampoco llegó a negar de forma absoluta la utilidad del concepto (cfr. POLAINO, Bien jurídico, pp. 182 ss., p. 194: « Se ha llegado a reconocer, en definitiva, que el ataque al dogma del bien jurídico no fue, en rigor, dirigido ni al concepto ni al término mismo de tal locución, sino contra el absolutismo atribuido a dicha categoría »).

JAKOBS, PG, 2/24, principal representante en la actualidad de las críticas a la fundamentación material del delito como protección de bienes jurídicos, insiste también en que no se trata de prescindir absolutamente de la teoría del bien jurídico, sino de limitar su relevancia dentro de una correcta concepción material del delito. Vid. también HASSEMER, AK, antes de 1/251.

262 RUDOLPHI, Honig-FS, p. 159; el mismo, SK, antes de 1/1; el mismo, Grundfragen, p. 71, conocido defensor de la protección de bienes como fundamento del Derecho penal, y que, sin duda, ha realizado importantes aportaciones en este apartado, equipara expresamente la función del Derecho penal a la del Derecho policial: « protección preventiva de bienes jurídicos ». Si así fuera, el delito doloso y el delito imprudente deberían tener la misma pena. Al cabo de cada año judicial se ven más afectados los bienes jurídicos de los particulares por conductas imprudentes que por conductas dolosas. Sólo teniendo en cuenta que una conducta dolosa afecta de forma más intensa a la vigencia de las normas se puede explicar la considerable mayor penalidad del delito doloso frente al imprudente.

263 MÜSSIG, Schutz, p. 152; WELZEL, PG, 1 I, p. 3.

garantiza un determinado trato con dichos bienes. La teoría jurídica del delito versa sobre el carácter vinculante de ciertas expectativas. No se garantiza penalmente que a nuestros bienes jurídicos no les va a suceder nada (por ejemplo, que una parte de nuestro patrimonio no va a desaparecer en una inundación). El ordenamiento jurídico-penal no supone en un primer plano protección de objetos materiales de bienes jurídicos, sino de ciertas expectativas de respetar las normas que protegen bienes jurídicos. Es cierto, como señalé al principio de la exposición, que no es posible la vida social, especialmente tal y como la concebimos hoy en día, sin una *cierta* seguridad de expectativas. Pero esa cierta seguridad, esa aminoración de la inseguridad más absoluta, no significa que todo sea seguridad y que el ordenamiento nos garantice una incolumidad absoluta. El Derecho penal no garantiza la ausencia de perjuicios en la vida social sino el respeto a las normas. La afirmación de que los tipos penales tienen que ver con bienes jurídicos es algo que no debè ser objeto de discusión. Pero la lesión o puesta en peligro de objetos materiales sólo pasa a ser penalmente relevante cuando lleva implícita la lesión de la confianza en la vigencia y validez del ordenamiento. Una agresión a un objeto material de un bien jurídico sólo es penalmente relevante cuando supone un atentado contra la voluntad general y contra el Derecho como Derecho. La intervención punitiva del Estado no supone una neutralización policial de peligros, sino persigue estabilizar reglas generales y esenciales de conducta²⁶⁴.

Además, hay que señalar que el concepto de bien jurídico es útil para otorgarle sus contornos al injusto específicamente penal. Pero su papel es nulo para considera si un determinado injusto es o no culpable, es decir, si en el caso concreto es preciso reaccionar con una pena. En este sentido, la teoría del bien jurídico, sólo puede fundamentar una parte de la teoría jurídica del delito (el injusto penal), pero no la parte más importante de la teoría jurídica del delito, la imputación de culpabilidad como presupuesto de la pena.

2. Además, es preciso señalar, desde un punto de vista no sólo dogmático, sino también político criminal, que entender que el Derecho penal no es más que un Derecho maximizador de bienes conduce a una falta absoluta de respeto a la libertad que se reconocen recíprocamente las personas sociales. Y la libertad de cada ciudadano en la vida social y el libre desarrollo de su personalidad suponen un bien tan digno de protección²⁶⁵ como la vida, la integridad física, el patrimonio o el honor, por sólo citar

264 FREUND, Erfolgsdelikt, p. 107; FRISCH, Verhalten, p. 281; JAKOBS, ZStW 89, pp. 18 ss.; WELZEL, PG, p. 3.

265 DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, pp. 181 ss., con más referencias; GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit, p. 152; JESCHECK, PG, 112; KINDHÄUSER, Gefährdung, pp. 149 s., 182 s.; SCHAFFSTEIN, Problematik, pp. 400 ss., en una brillante exposición sobre la interpretación

algunos ejemplos obvios. En esta línea ha puesto JAKOBS correctamente de manifiesto que esta idea del Derecho penal como maximizador de bienes ha conducido a tratar a los ciudadanos no como tales sino como enemigos de los bienes jurídicos y, en consecuencia, a intromisiones inaceptables en la esfera íntima de los ciudadanos²⁶⁶. Este autor también le ha objetado a la doctrina penal mayoritaria el haberse olvidado de cómo están constituidas las relaciones sociales²⁶⁷. La idea de protección absoluta del bien jurídico no desempeña la función garantista que pretende la doctrina mayoritaria. En muchos casos tiene una función expansiva de la responsabilidad penal. El mejor ejemplo de ello es la punición de ciertos actos preparatorios²⁶⁸. Ante tales ejemplos tengo que mostrarme de acuerdo con JAKOBS cuando afirma que « el Derecho penal del enemigo optimiza la protección de bienes jurídicos y el Derecho penal del ciudadano optimiza esferas de libertad »²⁶⁹. El delito ha de dejar de tenerse en consideración como algo fáctico y se ha de tener en consideración como una lesión del Derecho. Mediante la estabilización de ciertas reglas básicas de conducta es como protege el Derecho penal ciertos valores considerados como interesantes o necesarios (bienes jurídicos). El Derecho penal protege bienes jurídicos, pero lo hace de una determinada manera: estabilizando normas de conducta imprescindibles para la interacción social²⁷⁰. Es preciso diferenciar entre el resultado de todos los delitos (desautorización del ordenamiento) y la lesión al objeto de ataque recogido en cada tipo penal específico. Esta es la enorme diferencia cualitativa entre la concepción de KANT (*ius talionis* - mal por mal) y la de HEGEL como precursor de la moderna teoría de la prevención general positiva (restablecimiento del ordenamiento como respuesta a la negación del mismo²⁷¹). Desde un punto de vista político criminal

teleológica de los tipos penales.

Sobre todo teniendo en cuenta que el art. 1º CE propugna la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

²⁶⁶ ZStW 97, p. 753. Vid. también JORGE BARREIRO, Medidas, p. 162. Por ejemplo, en nuestro C. P. se trata a ciertos ciudadanos a través del art. 310 (infracciones contables) como defraudadores o enemigos de la Hacienda pública.

²⁶⁷ JAKOBS, Arm. Kaufmann-GS, p. 285.

²⁶⁸ POLAINO, Bien jurídico, p. 385.

²⁶⁹ ZStW 97, p. 756. De acuerdo, aunque con reservas, con las formulaciones de JAKOBS, KINDHÄUSER, Gefährdung, pp. 182 s.

²⁷⁰ FREUND, Erfolgsdelikt, p. 82; FRISCH, Verhalten, p. 281; el mismo, ZStW 99, pp. 367 s., 388; JAKOBS, ZStW 89, pp. 18 ss.; SCHÜNEMANN, SIDA, p. 34, considera que « supone una mutilación del pensamiento teleológico entender que en Derecho penal el mismo se limita a una interpretación a partir del bien jurídico protegido y olvidar una elaboración sistemática de los criterios relevantes para la acción típica ».

²⁷¹ Sobre las diferencias entre la teoría absoluta de KANT y la teoría retributiva de la desautorización del Derecho de HEGEL, que hace depender la pena de circunstancias histórico-políticas de una concreta sociedad civil y que, por tanto, tiende un puente hacia una teoría retributiva de la prevención general positiva, vid. supra nota 132. Mientras KANT fundamenta la pena en la retribución de la ruptura de un orden de justicia metafísico, HEGEL fundamenta la pena dentro de un determinado Estado, como retribución de la ruptura de las reglas jurídicas de relación. En mi opinión, las teorías más normativas de

resulta más satisfactoria, teniendo en cuenta el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal, la idea de que la función del Derecho penal es proteger las reglas esenciales de convivencia que la idea de que la función del Derecho penal es proteger bienes jurídicos. Mientras aquélla restringe el alcance del Derecho penal, ésta tiene un efecto expansivo.

AMELUNG²⁷² en su estudio histórico sobre el concepto de bien jurídico afirma que « el contenido liberal de la idea de protección de bienes jurídicos es de naturaleza formal, porque el pensamiento liberal se había formalizado en el momento en el que el concepto de bien jurídico tiene su origen». Y deja claro que « la teoría de la protección del bien jurídico como tal no garantiza todavía valores liberales»²⁷³. WELZEL²⁷⁴, desde un punto de vista ético, considera que « el que ve la acción sólo desde el punto de vista del desvalor del estado de cosas piensa únicamente en la relación medio-fin: sólo puede valorar la acción como medio idóneo o inidóneo para un fin». Pero ese fundamento de la peligrosidad para bienes jurídicos frente a la reprochabilidad de las acciones, como WELZEL de una forma concisa y absolutamente magistral pone de manifiesto (¡En 1944!), es válido para las medidas de seguridad pero no para la pena. Con esa concepción se puede dejar de tratar al ciudadano como ser racional, para pasar a tratarlo como un ser peligroso para bienes jurídicos al que se le pueden aplicar desde una concepción puramente utilitarista medidas de seguridad. Como se ve, la idea del bien jurídico por sí sola no sólo no ofrece ninguna garantía, sino que es perfectamente aplicable para cualquier fin (como los regímenes dictatoriales vienen mostrando a lo largo de la historia), siempre que ese fin reciba la denominación de bien jurídico. WELZEL afirma contundentemente que si fuera cierto que el fin material de la norma reside en la protección de bienes

la prevención general positiva (JAKOBS, KLESCZEWSKI, KÖHLER, LESCH, SEELMANN, WOLFF entre otros) se acercan cada vez más a HEGEL.

²⁷² Rechtsgüterschutz, p. 240. De acuerdo, MIR PUIG, Introducción, p. 131; MÜSSIG, Schutz, pp. 152 s., nota 9.

²⁷³ Recht, p. 275.

COBO/VIVES, PG, p. 253; HASSEMER, Doxa 90, p. 184: « El concepto de protección de bienes jurídicos, que originariamente tuvo una función estratégica en las tendencias discriminizadoras; y en este sentido se utilizó para derogar aquellas conminaciones penales que no tenían como objeto la protección de algún concreto bien jurídico o que únicamente pretendían proteger concepciones morales, se utiliza actualmente con una finalidad distinta, como un criterio para criminalizar »; el mismo, ADP 92, p. 239: « La protección de bienes jurídicos se ha transformado de un principio negativo a uno positivo de criminalización. Lo que se formulaba clásicamente como una crítica al legislador de que no podía crear delitos donde no existiera un bien jurídico, se ha transformado en una exigencia de que criminalice determinadas conductas. Con ello se cambia de forma subrepticia el principio de protección de bienes jurídicos »; el mismo, ADP 93, p. 78; el mismo, Produktverantwortung, p. 6; el mismo, Responsabilidad por el producto, p. 22; MIR PUIG, Introducción, p. 131: « Que el nacionalsocialismo admitiese el bien jurídico, aunque fuese tras un inicial rechazo es, sin duda, la mejor muestra de la ineficacia limitadora de los conceptos que de aquél se manejaban ». ROXIN, PG, 2/8 responde a su discípulo AMELUNG de una forma insuficiente. Este autor demuestra de las críticas que se mantienen en el texto no carecen de sentido cuando afirma que si se demostrara la influencia del consumo de material pornográfico en la comisión de delitos sexuales, eso motivaría la creación de un tipo que prohibiera dicho consumo (2/15). La posición de ROXIN está desarrollada en PG, 2/1 ss.

²⁷⁴ Abhandlungen, pp. 227 ss.

jurídicos y que el fundamento material del delito es la lesión de los mismos (IHERING, v. LISZT), «sería también el precepto penal una norma meramente condicionada al fin y no sería evidente una diferencia substancial con las medidas político-criminales»²⁷⁵. WELZEL pone de manifiesto como los fines de la protección de bienes jurídicos y de la seguridad pasan a ocupar una posición preferente en una situación de guerra (supervivencia) como la que Alemania vivía en ese momento histórico²⁷⁶, pero que ello no tiene nada que ver con un sistema constitucional de funcionamiento normal, en el que estos fines deben volver a ocupar su posición secundaria.

3. Una teoría del bien jurídico no es, por consiguiente, incompatible con los presupuestos de los que se parte en este trabajo. Como ha puesto en evidencia la doctrina alemana más moderna y apegada a una fundamentación sociológica del delito²⁷⁷, el bien jurídico desempeña dos funciones que deben ser delimitadas:

a) la función dogmático-hermenéutica²⁷⁸ y de ordenación sistemática de la parte especial o inmanente al sistema²⁷⁹. Su principal cometido sería servir como elemento de ayuda para delimitar el contenido de los distintos preceptos de la parte especial de acuerdo con una interpretación teleológica (*ratio legis* ²⁸⁰ o ámbito o fin de protección o alcance del tipo). Por ejemplo, el alcance de los delitos contra la propiedad intelectual o contra la libertad y seguridad en el trabajo tiene mucho que ver con la discusión sobre el bien jurídico protegido. La teoría del bien jurídico siempre ha protagonizado la búsqueda del ámbito de protección de las diversas normas de la parte especial. La peculiaridad de los tipos puros de resultado reside en que el bien jurídico protegido no nos ofrece suficientes

²⁷⁵ P. 229.

²⁷⁶ P. 239.

²⁷⁷ HASSEMER, *Theorie*, pp. 22 ss.; MÜSSIG, *Schutz*, pp. 9, 174; NEUMANN/SCHROTT, *Neuere Theorien*, p. 42. AMELUNG, *ZStW* 87, pp. 140 s., en una recensión a la obra de HASSEMER, valora como muy importante esta distinción.

En la literatura española han realizado una distinción en términos similares, BUSTOS, PG, pp. 53 s.; el mismo, *Control*, pp. 136 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, *ADP* 90, p. 7 y *passim*.

²⁷⁸ POLAINO, *Bien jurídico*, pp. 303 ss.

²⁷⁹ POLAINO, *Bien jurídico*, pp. 300 ss.

²⁸⁰ GEPPERT, *ZStW* 83, p. 966, con más referencias; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, p. 150, con más referencias; JESCHECK, LK, antes de 13/8: «medio de ayuda importante para la interpretación de los preceptos penales»; MIR PUIG, *Introducción*, pp. 128, 139 s.; OCTAVIO DE TOLEDO, *ADP* 90, pp. 19 ss.; RUDOLPHI, *Honig-FS*, pp. 151 ss., remitiéndose a las opiniones de autores de influencia neokantiana como GRÜNHUT, HONIG y SCHWINGE, que asentaron esta idea de forma definitiva en la literatura especializada; ZUGALDIA, *Fundamentos*, p. 236. Sobre la interpretación teleológica de la parte especial, KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, pp. 131 ss., con más referencias; SCHMIDHÄUSER, *Denken*, pp. 101 ss.; el mismo, *JuS* 87, pp. 374, 376.

Exposición histórica en POLAINO, *Bien jurídico*, pp. 144 ss., en sentido crítico (en especial, pp. 158 ss.).

En contra, CEREZO, PG, p. 18, nota 6; POLAINO, *Bien jurídico*, pp. 304 ss., apoyándose en la obra de M. MARX.

datos para encontrar límites satisfactorios al tipo. Para ello se han desarrollado otras teorías (riesgo permitido, « prohibición de regreso », etc.) BUSTOS define al bien jurídico como « una fórmula sintética concreta de lo que se protege realmente »²⁸¹. La « teoría del bien jurídico penalmente protegido », utilizando la denominación de SILVA, busca de forma muy genérica aunar, representar y cristalizar en un concepto la finalidad político criminal de uno o varios tipos penales. Por ejemplo, la expresión « correcto funcionamiento de la Administración de Justicia » o dejar de aunar una serie de tipos bajo el bien jurídico « honestidad » para pasar a hacerlo bajo el de « libertad sexual ». La referencia al bien jurídico protegido en un tipo penal o en un conjunto de tipos penales es una especie de eslogan programático. Por esa razón, por ejemplo, el legislador lo utiliza para sistematizar la parte especial del C.P.

b) Una función político-criminal de crítica a que ciertos bienes se protejan penalmente o trascendente al sistema²⁸². Por esa razón la teoría del bien jurídico cobra especial virulencia en épocas de reforma de la legislación²⁸³ y cuando se trata de discutir sobre la conveniencia de penalizar o despenalizar ciertas conductas que afectan a intereses que se encuentran al límite de la intervención legítima del Derecho penal²⁸⁴. Por ejemplo, las famosas discusiones suscitadas en épocas de reforma en Alemania (años 60 y 70) y España (años 70 y 80) no fueron más que una polémica sobre los intereses que habían dejado de ser dignos de protección penal tal y como se habían desarrollado estas sociedades²⁸⁵. Pero este problema de política criminal²⁸⁶ no tiene nada que ver con la interpretación del Derecho positivo.

Además, es preciso diferenciar entre la fundamentación de la función del Derecho

281 -----
Control, p. 167.

282 BUSTOS, Control, p. 216; MÜSSIG, Schutz, pp. 150 ss.

283 AMELUNG, Rechtsgüterschutz, pp. 1 ss.; POLAINO, Bien jurídico, pp. 383 ss.; ROXIN, PG, 2/3; RUDOLPHI, Honig-FS, pp. 158 ss.

284 CEREZO, PG, pp. 19 s.; ROXIN, PG, 2/9 ss.; RUDOLPHI, Honig-FS, pp. 164 ss., ambos con respecto al ordenamiento alemán.

En la actualidad, por ejemplo, la discusión sobre el bien jurídico se centra sobre la legitimidad de proteger con el Derecho penal ciertos intereses colectivos como el medio ambiente (cfr. FRISCH, Stree/Wessels-FS, pp. 74 s., con abundantes referencias).

285 Vid. BAJO, PE III, p. 225, sobre los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, con más referencias; CEREZO, PG, p. 21; FRISCH, Stree/Wessels-FS, pp. 72 s.; el mismo, Strafbarkeitsvoraussetzungen, pp. 206 ss.; MUÑOZ CONDE, PG, pp. 43 s.

Sin duda la evolución de la sociedad dará lugar en el futuro a que bienes jurídicos que hoy en día se consideran dignos de protección vayan dejando de desempeñar una función social o ésta se vea limitada y, por tanto, el alcance de su protección también.

286 MUÑOZ CONDE, PG, p. 77: « La protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal, es antes que una cuestión dogmática, un problema de política criminal »; RGUEZ. MOURULLO, PG, p. 22: « La política criminal señala en cada caso qué bienes, y en qué medida, deben ser protegidos por el Derecho penal ».

penal en la sociedad y la legitimación material de los distintos tipos de la parte especial²⁸⁷. En mi opinión, la teoría de la prevención general positiva sirve para lo primero y la teoría del bien jurídico para lo segundo. Por tanto, ambas teorías no se contradicen, sino que se complementan. Así, afirma MÜSSIG²⁸⁸ correctamente, ami entender, que « la teoría de la prevención general positiva explica sobre todo la necesidad del Derecho penal en la sociedad, sin que sea posible sobre dicha fundamentación realizar afirmación alguna sobre la configuración específica de la legislación penal. La teoría del bien jurídico versa sobre la comprobación de aquellos criterios que deben determinar la configuración específica y, por tanto, el contenido de la legislación penal. No se puede partir de la premisa de que la teoría de la prevención general positiva sustituye a la teoría del bien jurídico ». La teoría del bien jurídico es una teoría a desarrollar después de la fundamentación material de la función del Derecho penal. Se trata de confirmar si los intereses individuales o supraindividuales, privados o públicos que son objeto de protección por parte del Derecho penal se encuentran en armonía con la configuración actual de la sociedad²⁸⁹.

4. La teoría del bien jurídico que se ha planteado tiene que influir, sin lugar a dudas, en la concepción del tema de la relación entre resultado lesivo e imprudencia a desarrollar en este trabajo, ya que las normas penales, especialmente, la norma de cuidado no puede tener su fundamentación en una protección ilimitada de bienes

²⁸⁷ -----
MÜSSIG, Schutz, p. 138.

²⁸⁸ MÜSSIG, Schutz, pp. 142 s.

²⁸⁹ Por ello tienen razón tanto MIR PUIG, Introducción, p. 137, cuando afirma que « lo decisivo no es la valoración moral, sino las efectivas consecuencias para el funcionamiento de los sistemas sociales » como OCTAVIO DE TOLEDO, ADP 90, p. 9, cuando afirma que « las leyes penales no pueden amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución ». Vid., además, MENDEZ, Delitos de peligro, pp. 26 ss.; POLAINO, Bien jurídico, p. 90, ya había vislumbrado previamente esta función del concepto de bien jurídico: « Una vez promulgada la disposición legislativa, el objeto de tutela constituye un positivo elemento de sentido crítico que sirve para poner a prueba la justificación jurídica y constitucional », idea en la que insiste en pp. 163 (« Resulta incorrecto el reconocimiento de tutela de bienes y valores, jurídico-penalmente protegidos, que en esencia sean contrarios a la cultura y lesivos de la sociedad ») y 322 ss. En este control de la parte especial es donde la teoría del bien jurídico evidencia su utilidad. También es preciso darle la razón a AMELUNG, ZStW 87, p. 142, cuando le critica a HASSEMER que « la teoría del bien jurídico no es una teoría del delito, como dice Hassemer, sino sólo una parte de ella referida a la lesividad social ».

Vid. RUDOLPHI, Honig-FS, p. 163, con el ejemplo concreto del bien jurídico « Administración de justicia »; el mismo, Maurach-FS, p. 61.

SS. T. C. 105/1988 de 8 de junio (fto. jco. 2º): « Y ha de considerarse necesario que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho »; 55/1996 de 28 de marzo (fto. jco. 7º).

La mayor o menor relevancia de los intereses protegidos supone uno de los aspectos a tener en cuenta para determinar la gravedad de las conductas (su lesividad social) y la pena abstracta a contemplar en cada tipo de la parte especial.

jurídicos. No pueden olvidarse estos aspectos para una correcta determinación del tipo de injusto penal. Estas consideraciones nos conducen necesariamente a unas consideraciones más extensas sobre el injusto penal y, por tanto, al punto de partida.

XI. El injusto específicamente penal

1. El injusto, doloso o imprudente, es una acción antijurídica. Es decir, una acción que no se corresponde con lo prescrito, con lo que debe ser. Si esa infracción de la norma es reproachable al autor tenemos un delito. El defender un injusto puramente objetivo (objetivo-monista), puramente subjetivo (subjetivo-monista) o dualista como defiende la doctrina mayoritaria depende de consideraciones dogmáticas a partir de la interpretación del Derecho positivo. Al principio ya me he manifestado a favor de una « teoría personal del injusto » en la que juegan un papel tanto requisitos objetivos como subjetivos (dolo, imprudencia, elementos subjetivos del injusto). Es preciso, sin embargo, detenerse en el papel del injusto, sobre todo teniendo en cuenta que la doctrina moderna trata la relación entre resultado lesivo e imprudencia en este ámbito. El analizar la posible falta de respeto del autor al Derecho, presupone lógicamente que éste haya infringido una norma penal. La norma general que espera que el ciudadano se comporte de acuerdo a las normas presupone una determinación del contenido de dichas normas (injusto). El conocimiento de las normas y la exigencia de comportarse de acuerdo a ellas tiene como presupuesto la determinación del alcance de las mismas. Sin infracción de una norma de conducta no es posible hablar de culpabilidad. La imputación de culpabilidad presupone la imputación de un injusto. La infracción de la norma de conducta es, pues, un presupuesto positivo y lógico de la culpabilidad²⁹⁰. Hace tiempo que se ha rechazado una culpabilidad sin antijuridicidad²⁹¹. Además, podemos señalar dos argumentos lógicos para esta conclusión: por un lado, el imponer una pena a una conducta permitida sería no sólo

²⁹⁰ BINDING, Normen I, pp. 4 ss., 36 ss. (en especial, 42 ss.); FRISCH, Vorsatz, p. 505; FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 112 ss.; el mismo, GA 95, pp. 6 ss., con más referencias; FRISCH, Vorsatz, pp. 59 ss., 505; GARCIA-PABLOS, PG, p. 165; HAFFKE, Norma de conducta, passim; JAKOBS, Studien, pp. 9 ss.; el mismo, PG, 6/4, con más referencias; KAMPS, Arbeitsteilung, pp. 55 ss.; KINDHÄUSER, GA 94, pp. 200 ss.; el mismo, Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen, pp. 340 ss.; LAMPE, Unrecht, p. 257: « No hay culpabilidad sin injusto »; LUZON PEÑA, ADP 89, p. 12: « la norma primaria sólo se desprende implícitamente de la proposición o norma jurídicopenal »; MIR PUIG, PG, pp. 33 ss., 123; el mismo, Sistema, pp. 30 s.; el mismo, Conocimiento, p. 33; MÜNZBERG, Verhalten, pp. 47 ss., 67 ss., con más referencias; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 438; el mismo, Schaffstein-FS, p. 162; el mismo, Grund und Grenzen, pp. 255 ss., con más referencias; VOGEL, Norm, p. 28; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 145 ss. Utilizando otra nomenclatura, « la necesidad de pena presupone el merecimiento de pena », LUZON PEÑA, ADP 94, p. 22.

²⁹¹ CEREZO, Problemas, p. 29. El último defensor de esta posición digno de mención es NOWAKOWSKI, ZStW 63, pp. 310 ss., que posteriormente ha variado su opinión, una vez que los argumentos de WELZEL con respecto a la ubicación del dolo en el tipo han triunfado.

entendido como injusto, sino que haría perder a la pena su sentido y legitimidad²⁹²; por otro lado, si una persona realiza un hecho convencida de que éste es antijurídico cuando no lo es, dicha conducta carece de relevancia penal. Es un delito putativo, no porque falte el conocimiento de la antijuridicidad o la exigibilidad, sino porque falta un injusto penal como presupuesto irrenunciable del delito. El afirmar no hay pena sin culpabilidad conlleva la afirmación de que no hay pena sin un hecho valorado como injusto²⁹³. Esta idea se encuentra, además, estrechamente ligada a las garantías que conlleva el principio de legalidad.

De acuerdo con lo dicho, muchas veces el contenido o alcance de la norma de conducta no depende sólo de elementos objetivos que la configuran (tanto descriptivos como normativos), sino también de elementos subjetivos. El elemento subjetivo más común es el dolo. Pero muchas veces la norma se amplía a supuestos no dolosos o se restringe exigiendo además del dolo ciertos elementos subjetivos especiales o exigiendo el dolo directo que convierte al dolo eventual en un comportamiento irrelevante para el Derecho penal.

2. La norma penal tiene dos vertientes. No sólo es norma de sanción dirigida al aplicador del Derecho sino también es una norma de conducta dirigida a los ciudadanos²⁹⁴. Por tanto, el juzgador no puede imponer una pena a una persona sin determinar que esa persona ha infringido una norma de conducta penalmente relevante. La norma penal nace con la vocación en primer lugar de regular la vida social y de determinar a los ciudadanos para que realicen unas conductas y omitan otras. Esta vocación determinadora o reguladora, como hemos visto, ya no se puede basar legítimamente en un sistema como el nuestro en la coacción psicológica o en la intimidación²⁹⁵. En un sistema de libertades no nos preocupa como el ciudadano se

292 -----
FRISCH, Vorsatz, p. 60.

293 COBO/VIVES, PG, p. 270: « Las hipótesis de responsabilidad sin hecho representan, pues, casos de responsabilidad sin culpabilidad ».

294 Sobre la naturaleza de la norma de cuidado, entendida como la norma de conducta propia del delito imprudente, CORCOY, El delito imprudente, pp. 84 ss., en profundidad.

295 Este es el principal inconveniente, a mi entender, de la « teoría de la motivación » de GIMBERNAT, Estudios, pp. 172 ss., defendida por un sector importante de nuestra doctrina: CORCOY, El delito imprudente, Cap. 2º (especialmente pp. 36, 84 s., 94 s.), con respecto primordialmente al delito imprudente; LUZON PEÑA, Aspectos, pp. 219 ss.; el mismo, Medición, p. 26; el mismo, ADP 89, pp. 38 ss.; MIR PUIG, Introducción, pp. 54 ss., 106 ss.; el mismo, Función, pp. 42 ss.; el mismo, ADP 83, pp. 9 ss.; el mismo, PG, pp. 42 ss.; el mismo, Derecho penal, p. 209; MUÑOZ CONDE, NPP 73, p. 399; el mismo, Control, pp. 31 ss.; el mismo, PG, pp. 57 ss., 322; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, pp. 72 ss.; OCTAVIO/HUERTA, PG, p. 295; SILVA, ADP 84, p. 366; el mismo, Aproximación, pp. 334 ss., 353 ss.

En tiempos recientes, MIR ha añadido matices a su posición, intentando distanciarse de posturas como las de GIMBERNAT o MUÑOZ CONDE. Considera que en las normas de conducta dirigidas a los

motive en su fuero interno, ya que de acuerdo con el principio de autonomía o autodeterminación eso es un asunto exclusivamente suyo. Las normas que tienen una base legítima no necesitan de la amenaza como medio de motivación²⁹⁶. Además, si la norma de conducta es presupuesto de la norma de sanción, la norma de conducta no puede cumplir una función distinta que la norma de sanción. Por ello hay que tener en cuenta la función de prevención general positiva del Derecho penal a la hora de explicar

ciudadanos « habrá de reflejarse la función del Derecho penal: también ellas tendrán la función de prevención limitada que corresponde al Derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho. Al prohibir los delitos, las normas primarias perseguirán motivar al ciudadano para que no delinca, en lo que deberán respetar ciertos límites que la doctrina penal tiene en cuenta al exigir determinados requisitos mínimos en el concepto de delito y en particular en la teoría de la antijuridicidad como infracción de la norma (primaria). Ello no cabría en una concepción puramente intimidatoria de la prevención general, pero sí como aspecto de la prevención general positiva ». MIR considera que GIMBERNAT y MUÑOZ CONDE « se refieren a la motivación que ejerce la pena », mientras él mantiene que también la norma de conducta tiene una función motivadora (que ha de verse como forma de prevención general positiva).

CUELLO, ADP 82, pp. 323 s., también había criticado a los partidarios de la « teoría de la motivación » (GIMBERNAT, MUÑOZ CONDE, MIR PUIG) con la siguiente argumentación: « Es erróneo, por ejemplo, suponer que el hombre prescinde de llevar a cabo una conducta delictiva por ser ésta punible (pretendida función de motivación del Derecho penal), como si únicamente fuese la pena el mecanismo inhibitor del hombre a actuar de contrariedad a Derecho. C. H. von Wricht ha puesto muy claramente de relieve como las « reglas secundarias (la norma sancionadora es una norma secundaria) no juegan un papel característico o importante de la explicación de la conducta. Ello es debido a que no son mecanismos para inducir a la gente a hacer cosas ». Entonces, si no es la pena lo que motiva a los hombres a no infringir la ley: ¿ Qué es lo que realmente motiva a ello ? O dicho de otra manera: ¿ Cómo puede desempeñar el Derecho penal su función de cohesión social sino a través de la teoría de las normas que necesariamente ha de subyacerle ? El hombre actúa conforme a normas, y desde pequeño orienta su comportamiento de esa manera. Ciertamente el padre acompaña sus enseñanzas de premios y castigos, pero con ello sólo pretende reforzar la bondad o no de la norma que el niño ya ha asimilado, como corrobora la psicología genética ». CUELLO tiene razón en sus críticas. Sin embargo, es preciso desarrollar a partir de ahí una « teoría de las normas de conducta » respetuosa con los valores y principios esenciales de nuestro ordenamiento.

Los partidarios de la « teoría de la motivación » tenían razón en defender, frente a la doctrina española más tradicional, un injusto orientado a la conducta del autor en lugar de un injusto resultatista orientado a la lesión o puesta en peligro de objetos materiales (cambio de estado). Es decir, en la defensa de una « teoría personal del injusto » (MUÑOZ CONDE, NPP 73, pp. 400 ss.). El eje de la polémica ha sido resumido ya por SILVA, Aproximación, p. 334, con más referencias con las siguientes palabras: « Según la tesis de la « norma de valoración », las normas jurídico-penales contienen un mero juicio de valor, sin pretender determinar la conducta de los destinatarios; expresan un mero « deber ser impersonal », en virtud del cual se limitan a caracterizar como « deseables » o « indeseables » (valiosos o disvaliosos) ciertos estados o acontecimientos. En cambio, según la tesis imperativista, las normas jurídico-penales expresan, ante todo, mandatos y prohibiciones, estos es, « normas de conducta » con las que pretenden determinar el comportamiento de los destinatarios ». Exponen también esta polémica ya superada, BACIGALUPO, RFDUC nº monog. 11, passim; GARCIA-PABLOS, PG, pp. 187 ss.; MIR, Derecho penal, pp. 225 ss.; QUINTERO, PG, pp. 16 ss., exponiendo de forma paradigmática las conclusiones imperantes hoy en día después de la polémica.

En tiempos recientes, CARBONELL, Derecho penal, pp. 42 ss., ha vuelto a reavivar la polémica.

Sin embargo, se puede defender un injusto penal enriquecido subjetivamente por razones dogmáticas no derivadas necesariamente de una definición de las normas de conducta como normas que motivan de forma puramente negativa o intimidatoria.

²⁹⁶ BAJO, Estudios 77, p. 48: « Con esto no se trata de negar la función preventiva que indudablemente cumple y debe cumplir el Derecho penal. Lo que queremos advertir es que tal función se cumple no porque la norma jurídica sea un mandato dirigido al súbdito bajo amenaza de sanción, sino porque es dictamen de razón que nace del propio sentir comunitario, es decir, coincidente con unas convicciones cuyo papel preventivo es indudable »; BUSTOS, PG, pp. 16 s.

cómo funciona la norma de conducta. Si el Derecho penal intenta conseguir una prevención general de índole positivo no es admisible que la norma de conducta cumpla su tarea mediante la pura intimidación. A ello hay que sumar un argumento político: no nos podemos olvidar de que las normas de conducta en nuestro sistema constitucional son expresión de la voluntad general o, al menos, han sido elaboradas mediante un procedimiento democrático²⁹⁷.

El legislador dice cuáles son los hechos que se encuentran desvalorados (matar, sustraer una cosa mueble sin conocimiento del dueño, impedir realizar algo que la ley no prohíbe sin estar amparado por una causa de justificación, etc.) por suponer perturbaciones insoportables de la vida social²⁹⁸. Estos tipos objetivos coinciden con lo que tradicionalmente se ha denominado norma de valoración, como presupuesto de la norma de determinación. Lo que sucede es que la norma de valoración consta de más elementos que la simple referencia al bien jurídico protegido. De esta norma de valoración se derivan deberes de no realizar esos hechos (prohibiciones) o, en algunas ocasiones, el deber de realizar ciertos hechos (mandatos)²⁹⁹. Esto es lo que tradicionalmente se ha denominado norma de determinación. Los deberes relacionados con estas normas de determinación no son deberes uniformes, sino que dependen de las circunstancias personales y de la situación. Así, ARMIN KAUFMANN afirma que el deber es la concreción de la norma en una determinada situación³⁰⁰. El legislador no sólo establece deberes de evitar directamente ciertos hechos, sino que en algunos casos establece un deber de cuidado relacionado con esos mismos hechos y que está pensado como medio

²⁹⁷ BUSTOS, PG, p. 15: « Luego la norma penal no es por génesis y legitimación un fiat absoluto, una directiva pura y simple del Estado, sino que implica siempre un orden relativo, un vasto entramado social; su imposición resulta siempre de un determinado compromiso [...]. En definitiva, las normas penales surgen dentro de un sistema democrático como valoraciones relativas y de compromiso. Ello evidentemente tiene que traducirse también en la estructura misma del orden jurídico y de la norma misma »; CARBONELL, Derecho penal, pp. 42 ss.; COBO/VIVES, PG, p. 212: « la concepción imperativa parecería adecuada en un sistema de gobierno oligárquico, pero no lo es en un sistema democrático »

²⁹⁸ Sobre el concepto de injusto como perturbación social, en profundidad, GÜNTHER, JuS 78, pp. 12 s., con más referencias; el mismo, Strafrechtswidrigkeit, p. 237, con más referencias; JAKOBS, ZStW 97, pp. 758 ss.; el mismo, Arm. Kaufmann-GS, p. 283; KRÜPELMANN, Bagatelldelikte, p. 82, considera que si el Derecho tiene como objeto el orden entre personas, « el injusto tiene que ser una perturbación de la relación entre personas »; LAMPE, Unrecht, p. 257 y passim; MAIHOFFER, JuS 63, p. 165; NOWAKOWSKI, WK, antes de 13/9.

²⁹⁹ En sentido contrario, muchos partidarios de la « teoría personal del injusto » reducen el tipo objetivo al bien jurídico protegido. De acuerdo con estas posiciones el deber de conducta tendería sólo como presupuesto lógico la valoración de ciertos bienes de forma positiva y como dignos de protección. Por ello el tipo subjetivo se construye como una voluntad dirigida a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Sobre esta relación entre norma de conducta y juicio de valor previo, BACIGALUPO, RFDUC n° monogr. 11, p. 72; ARM. KAUFMANN, Normentheorie, pp. 69 ss., 281.

³⁰⁰ Normentheorie, pp. 129 ss., 138 ss., 282. En el mismo sentido, ZIELINSKI, Handlungsunwert, p. 138.

para evitarlos³⁰¹. Por ejemplo, tener cuidado para no matar, lesionar o dañar. La conducta que infringe ese deber es un injusto imprudente, siempre que se den los requisitos objetivos necesarios. Evidentemente, la norma de conducta siempre pretende influir en la conducta de las personas antes de que éstas realicen los hechos desvalorados por las normas, ya que de otra manera la norma de conducta no tendría sentido alguno.

3. Por otro lado, desde el punto de vista de la norma como norma de sanción, para que el aplicador del Derecho pueda imputar la infracción de la norma de conducta al autor, debe seguir los siguientes pasos:

a) En primer lugar, su conducta debe definirse como una concreción de alguno de los hechos desvalorados en general por el legislador. Si no es así, se habrá realizado algo penalmente irrelevante. Esta exigencia del principio de legalidad se corresponde con el tipo objetivo (entendido como tipo global de injusto, en el que se introducen también los requisitos objetivos de las causas de justificación).

b) En segundo lugar, es preciso afirmar la infracción de un deber como ciudadano para imputarle ese hecho a una persona. Es decir, presuponiendo el enjuiciamiento de una persona respetuosa con las normas, hay que constatar que ese hecho es la objetivación de una infracción del deber de evitar ciertas modalidades de conducta o del deber de tener cuidado con esas mismas modalidades de conducta. Existe un injusto si un ciudadano correctamente motivado por las normas no se hubiera comportado de esa manera³⁰². Esta

³⁰¹ Recientemente, en la doctrina alemana se ha desarrollado una concepción distinta de las exigencias de cuidado que obligan a una diferencia de las estructuras de imputación en el delito doloso e imprudente: HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 313, 415 ss. y passim; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 65 ss.; el mismo, *GA 94*, passim; el mismo, *Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen*, pp. 343 ss. y passim, como principal representante de esta concepción que tiene su origen en HRUSCHKA; TOEPEL, *Kausalität*, pp. 35 s. Las diferencias en las consecuencias no son esenciales a las mantenidas en este trabajo. Pero, en mi opinión, más allá del deber que emana de las normas penales no existe legitimidad para recurrir a *Obliegenheiten* que obligan a mantener la capacidad de acción para cumplir con el deber de cuidado. O existe un deber complementario en ese sentido o no hay injusto penal (informarse sobre una actividad, no consumir alcohol antes de conducir, etc.). En mi opinión, esta construcción compleja no añade nada a la doctrina tradicional del injusto imprudente ni resuelve ningún problema que no se puede resolver con una referencia única al deber de cuidado. Los deberes de cuidado se pueden intensificar y ampliar (también temporalmente) en la medida que ello sea deseable para la protección de bienes jurídicos y, evidentemente legítimamente practicable. Por tanto, por razones de « economía sistemática » y simplicidad prescindo de una distinción similar a la que ciertos autores llevan a cabo entre *Pflicht* y *Obliegenheit*. Además, estos autores transforman la imprudencia en una especie de *actiones liberae in causa*. En un sentido similar, JAKOBS, *PG*, 6/nota 43; SEEBASS, *Fahrlässigkeit*, pp. 403 s., nota 53.

³⁰² GALLAS, *Unterlassungsdelikte*, pp. 62 s.: « No vemos el injusto, en consonancia con la teoría objetiva del injusto, como un rebelarse contra el poder espiritual del Derecho, un no-dejarse-motivar-in concreto, sino más bien el resultado de un juicio de valor, una comparación con algo debido. Pero al contrario que la interpretación objetiva extrema somos de la opinión de que sólo puede ser comparado, cotejado lo debido con una actuación humana voluntaria ».

exigencia de la imputación se corresponde con el tipo subjetivo. Si existe un cierto acuerdo doctrinal hoy en día reside en entender como resultado típico no cualquier resultado, sino sólo aquél que se ha de entender como parte integrante de la conducta infractora del deber. No empieza mal todo lo que acaba mal.

Esta imputación subjetiva del hecho al autor todavía no supone afirmar la culpabilidad del mismo. Para ello es preciso atender al conocimiento de la antijuridicidad y a la exigibilidad de actuar de acuerdo con ese conocimiento. Pero estos requisitos de la imputación ya pertenecen al juicio de culpabilidad como reproche por no motivarse en el sentido indicado por la norma de conducta.

Estas ideas serán desarrolladas en los capítulos siguientes. Baste aquí esta formulación teórica general con respecto a las estructuras de imputación.

XII. El resultado como elemento del tipo

1. Hasta aquí me he ocupado del fundamento material de la imprudencia como modalidad delictiva paralela a la dolosa. Como este trabajo versa sobre la relación entre resultado lesivo e imprudencia, es preciso, pues, hacer una referencia al papel del resultado dentro de la teoría jurídica del delito. En el delito doloso, la conducta infractora del deber es relevante desde el momento en el que se da principio por hechos exteriores a la ejecución típica (art. 16. 1 C. P.), pero a partir de ese momento la infracción de la norma de conducta puede ir cambiando su aspecto objetivo e ir sufriendo un mayor desvalor por parte del Derecho penal. Ese proceso de objetivación es relevante hasta llegar a la consumación. En nuestro Derecho positivo el legislador ha decidido que el desarrollo de ciertas conductas es relevante para el tipo de homicidio o lesiones hasta que se concreta en una muerte o lesión. Es el legislador, pues, el que decide desde cuándo y hasta dónde tiene un hecho relevancia penal³⁰³. En los delitos de resultado mientras no llegue éste no tenemos una conducta que adquiera el significado jurídico de matar o lesionar. A cada acción de homicidio o de asesinato le pertenece un cadáver, sino no será un homicidio o un asesinato. Si no se llega a matar, la conducta no se puede definir como « matar a otro »³⁰⁴, sino como « practicar todos los actos que objetivamente deberían

³⁰³ En un sentido similar, PAEFFGEN, Verrat, p. 112: « La objetivación del querer antijurídico es ya un « resultado » que no debe existir en relación a la norma y el juicio de valor que contiene. Si ese « resultado » es también un resultado en sentido penal, depende de la forma que político-criminalmente se le ha dado a los respectivos tipos ».

³⁰⁴ KORIATH, Grundlagen, p. 458.

producir el resultado » (art. 16. 1 en relación al art. 138 C. P.). Por ejemplo, el que apunta con una pistola cargada a otra persona ya ha intentado matar a otro, pero la infracción de la norma que desvalora matar se va haciendo más evidente a medida que ese sujeto dobla su dedo, aprieta el gatillo, la bala alcanza una zona vital de la víctima y ésta yace sin vida³⁰⁵. Sólo en este momento ha matado en el sentido del art. 138 C P. El hecho podría seguir teniendo aspectos relevantes (dolor moral de los familiares, perjuicios económicos, influencia en la vida de los integrantes de la familia de la víctima, etc.), pero a partir de la aparición de un cadáver, desde el punto de vista de la norma penal ya no nos interesa nada más. El tipo nos dice desde y hasta donde es relevante una acción para el Derecho penal³⁰⁶.

CORDOBA³⁰⁷ ya hizo hincapié en esta cuestión en nuestra literatura: « En el más caracterizado sector de los delitos de resultado no cabe hablar de una acción en sí, independiente del resultado, sino que sólo se da la acción en tanto la manifestación volitiva haya desembocado en un determinado evento; v. gr., no existe una acción de « matar » del artículo 407³⁰⁸ si no se produce la extinción de una vida. De ahí se derivan importantes consecuencias en orden al papel sistemático de la acción. En el caso de que en los indicados delitos de resultado no se produzca el evento, no se dará la acción a que la ley se refiere: podrá substituir, por supuesto, una acción, de la que cabrá estudiar su subsunción en una determinada figura ideal - v. gr., en la tentativa o en la frustración del artículo 3 en relación al 407 del Código penal, cuando en la conducta realizada falte el evento mortal -, pero la acción primeramente examinada - la acción de « matar » del artículo 407 del Código penal- no se habrá producido. Se habrán realizado, según la redacción del artículo 3³⁰⁹, todos o parte de los actos de ejecución, pero la acción constitutiva del tipo, no subsistirá en modo alguno. Y, evidentemente, a esta acción se refiere el presupuesto - acción - del delito, en cuanto este presupuesto es extraído del párrafo 1º del artículo 1³¹⁰ del Código penal (« acciones y omisiones...penas por la ley »).

En el delito doloso el Derecho positivo nos dice que la ausencia del resultado no priva al autor de ser merecedor de una pena. La consumación tiene el importante efecto jurídico de evitar ya todo desistimiento, pasando toda conducta posterior valorable de forma positiva por el legislador a considerarse como algo que puede afectar a la determinación de la pena, pero ya no a la existencia de un injusto.

305 -----
PAEFFGEN, Verrat, pp. 112 s.

306 JAKOBS, PG, 6/75; ROXIN, PG, 10/94 ss.

307 Una nueva concepción, p. 75. De acuerdo, OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 75 s.

308 Actual art. 138.

309 Actual art. 16.

310 Actual art. 10.

2. Otro problema distinto es la discusión de *lege ferenda* sobre la proporcionalidad punitiva entre tentativa inacabada, tentativa acabada y consumación. Es decir, la cuestión político criminal de si en el ámbito del delito doloso estas tres modalidades delictivas han de tener una misma pena³¹¹ o debe existir un diferente tratamiento punitivo. También es un problema político criminal susceptible de discusión valorar si la atenuación en caso de no aparición del resultado (tentativa) ha de ser obligatoria o facultativa en cada caso particular. O, incluso, si se puede atenuar la pena hasta la de la tentativa en caso de que el autor indemnice o repare a la víctima o sus familiares los perjuicios o daños causados. Tales discusiones han hecho correr ríos de tinta, pero para la cuestión del resultado como elemento del tipo no nos interesan³¹². Se trata de una polémica político criminal sobre la pena necesaria en cada caso, pero que no afecta al análisis de hasta dónde alcanza un hecho relevancia penal una vez que una conducta ya se puede definir como típica (tentativa). Aquí nos interesa definir lo que es matar o lesionar para el Derecho penal. Afecta al contenido de la norma penal todo aquel elemento que el legislador recoja para definir modalidades de conducta desvaloradas. Sin muerto no hay una acción de matar. Hay una acción de intentar matar o de hacer todo lo necesario para matar. Si se elimina el resultado del contenido de la norma de conducta se restringe el tipo más allá de lo establecido por el legislador, al eliminar un elemento como el resultado que forma parte de la definición del hecho desvalorado. Además, con nuestro Derecho positivo en la mano no se puede negar que el legislador introduce como elemento caracterizador de ciertos tipos y definidor del campo de protección de la norma sólo el resultado³¹³. No se

311 De *lege ferenda*, ARM. KAUFMANN, Welzel-FS, pp. 403 ss. El hecho de que una determinada concepción del injusto obligue a proponer reformas de la parte general del C. P., indica que esa concepción adolece de alguna incompatibilidad con el Derecho positivo. Si lo que se pretende no es encontrar verdades que uno mismo considera eternas e inmutables a través de la ciencia dogmática (concepción ontológica), sino interpretar y explicar racionalmente el Derecho positivo, se verá como ciertas concepciones no pueden ser aceptadas de acuerdo con los métodos de esta trabajo. Otra cosa es que de *lege ferenda* consideremos que un marco penal pueda ser más adecuado que otro para ciertas conductas. Por ejemplo, que consideremos que ciertos hechos como darle a una persona 30 puñaladas profundas en el abdomen se merecen la pena del delito consumado, aunque la causalidad (especial fortaleza de la víctima, intervención posterior de un tercero que mata a la víctima agonizante, etc.) dé lugar a que la víctima no muera precisamente como consecuencia de las heridas.

312 Correctamente, DENCKER, Arm. Kaufmann-GS, pp. 442 ss.; HIRSCH, ZStW 94, p. 249; KRÜPELMANN, Bagatelldelikte, pp. 93 s.; RGUEZ. RAMOS, CPC 77, p. 62; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 512.

El primer acercamiento al tema de ARM. KAUFMANN se produjo en el marco de una discusión sobre la reforma del C. P. alemán (ZStW 80, pp. 50 s.).

En España, por ejemplo, utiliza argumentos que tienen que ver con la determinación de la pena y no con la tipicidad, MIR, Función, pp. 66 s., con respecto al papel del resultado en el delito doloso.

313 CEREZO, Notas a El nuevo sistema, pp. 44 s., nota 10; KRAUSS, ZStW 76, pp. 62 s., 65; KRÜPELMANN, Bagatelldelikte, pp. 92 ss., denomina al resultado concreto como « fundamento interpretativo del injusto penal », aunque su producción no sea necesaria conceptualmente para la existencia de un injusto; SCHÖNE, CPC 77, pp. 68 s., 70, aunque llegando a conclusiones

puede entender el resultado en este tipo de delitos como un mero motivo para prohibir ciertas modalidades de conductas como por ejemplo la abundancia de « huelgas ilegales » puede ser el motivo de la aparición del art. 409 C. P. El resultado no es un argumento que venga recogido en una exposición de motivos, sino que es un elemento que sirve para definir ciertas modalidades de conducta como típicas. Por ello, sin un resultado como referencia no se puede hablar de un dolo de matar o lesionar. El resultado (el cadáver, la herida) no es más que una plasmación en el mundo real de la conducta dolosa. Cuando el legislador quiere desvalorar *ex re* una situación que considera peligrosa (aunque sólo lo sea estadísticamente) o un riesgo como hecho típico lo hace expresamente mediante lo que la doctrina denomina delitos de peligro (abstracto o concreto). En relación a esto es preciso hacer algunas referencias al tipo de injusto imprudente.

3. La « tentativa imprudente » es impune en nuestro Derecho positivo³¹⁴. Esto ya era afirmado por la doctrina de forma casi unánime y por la Jurisprudencia aunque nadie había demostrado que la impunidad de la « tentativa o la frustración imprudente » fuera una consecuencia necesariamente deducible de nuestro Derecho positivo anterior³¹⁵. Con

completamente opuestas; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 512; el mismo, Schaffstein-FS, pp. 174 s.

³¹⁴ DOVAL, Fraude Alimentario, pp. 243 s., con más referencias; LUZON, PG, pp. 331, 358, 392, 512; TORIO, L-H Menéndez, p. 5196.

³¹⁵ ANTON ONECA, PG, pp. 219 s.; BAJO, Actualización, p. 37; COBO/VIVES, PG, p. 555; CORCOY, El delito imprudente, pp. 428, 492, 593; FARRE, Tentativa, pp. 123 ss., que considera que la impunidad de la tentativa imprudente « se desprende de los principios que rigen nuestro Ordenamiento, que obligan al legislador a describir en forma concreta las conductas que desea incriminar, lo cual sería incompatible con la punición de delitos imprudentes en grado de tentativa » (p. 133); la misma, ADP 86, pp. 262 s., que afirma que aunque no exista una expresión concreta del legislador, « una construcción de este tipo no sería lícita a los principios que rigen nuestro ordenamiento »; FERRER SAMA, Comentarios, p. 60; GIMBERNAT, Estudios, pp. 93, 95; GOMEZ BENITEZ, PG, p. 76; GUALLART, ADP 79, p. 617 y *passim*; HUERTA, Contenido, p. 40; LASCURAIN, Seguridad e higiene, p. 100; LUZON, Derecho penal de la circulación, p. 94, aunque admita que ésa no era la única interpretación posible, dada la redacción objetiva del anterior art. 3 CP; el mismo, NEJ, p. 2469; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 165, 180, 271; MIR PUIG, Función, pp. 67 s.; el mismo, PG, p. 303, « en aras de la seguridad jurídica y por el principio *in dubio pro libertate* »; MUÑOZ CONDE, PG, pp. 212, 259, 264; NUÑEZ BARBERO, ADP 74, pp. 70, 93, con más referencias; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 171 s., 597 ss.; POLAINO, Bien jurídico, p. 373; QUINTANO, Culpa, pp. 198 ss., con más referencias bibliográficas y jurisprudenciales; RGUEZ. MONTAÑES, Delitos de peligro, p. 135; la misma, EJB, p. 3377: « La tentativa imprudente, aunque conceptualmente posible, es impune »; RGUEZ. MUÑOZ, ADP 53, pp. 226 s.; DEL ROSAL, Tratado de Derecho penal español, p. 147; SERRANO, Teoría del delito imprudente, pp. 338 ss.; SILVA, La Ley 84, p. 1043; el mismo, ADP 84, pp. 369 s.; el mismo, Aproximación, p. 419, nota 450.

El único autor que ha ofrecido una argumentación sólida basada en una interpretación gramatical de los antiguos arts. 3 y 565 C. P. es RGUEZ. MOURULLO, Comentarios I, p. 149.

En la Jurisprudencia más reciente: SS. T. S. de 30 de octubre de 1969 (Pte. Escudero); 30 de abril de 1976 (Pte. García Miguel); no es punible « porque en nuestro Ordenamiento Penal Positivo no se halla tipificado el *crimen culpa* »; 22 de enero de 1977 (Pte. Sáez); 28 de mayo de 1982 (Pte. Vivas); 28 de febrero de 1983 (Pte. Vivas).

FARRE, Tentativa, p. 133 señalaba con respecto a la regulación anterior que « en España esta cuestión no se halla resuelta con tanta claridad como en Alemania, en donde el Derecho positivo rechaza abiertamente la incriminación de la tentativa de un delito imprudente. Por el contrario, ninguno de los

nuestra regulación actual de los actos de imperfecta ejecución creo que es necesario llegar a esta conclusión generalmente admitida. En primer lugar, por la utilización exclusiva del vocablo tentativa. Hablar de « tentativa imprudente » es una *contradictio in adiecto*³¹⁶. El vocablo tentativa implica una carga subjetiva que sólo se puede dar en los supuestos dolosos. Por otro lado, en el art. 16. 2, al regular el desistimiento el C. P. dice que « quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado ». En este caso es clara la incompatibilidad con el delito imprudente. La impunidad de la « tentativa imprudente » es una decisión político criminal, pero ello no significa que no sea perfectamente concebible desde un punto de vista lógico dar principio imprudentemente a la ejecución del delito³¹⁷. No siempre se puede considerar que bien empieza lo que bien acaba. En palabras de JAKOBS³¹⁸, « todo lo que puede ser efectuado puede ser comenzado y todo lo que puede ser efectuado con éxito puede también ser efectuado sin él ». El matar a otro constituye siempre una consumación de practicar todos los actos de ejecución que objetivamente deben producir la muerte de otro. La menor vinculación subjetiva del autor imprudente con su hecho³¹⁹ hace que el legislador sólo se vea legitimado a contemplar una pena

argumentos aportados por nuestra doctrina para mantener la impunidad de estos supuestos resuelve definitivamente la cuestión ».

³¹⁶ ANTON ONECA, PG (1949), p. 408 y PG, p. 442; ALWART, Versuchen, pp. 154 ss.; CUELLO CALON, PG, p. 643; DOVAL, Estructura de las conductas típicas, p. 44; el mismo, Fraude alimentario, p. 243, con más referencias: « la afirmación de la tentativa implica necesariamente la afirmación de una intención que, luego, se niega con la imprudencia »; HRUSCHKA, Strafrecht, p. 190; KINDHÄUSER, Gefährdung, p. 93; QUINTANO, Culpas, pp. 198 ss., con más referencias; SERRANO, Teoría del delito imprudente, p. 335, desde un punto de vista estrictamente finalista; ZACZYK, Unrecht, pp. 209 ss., con más referencias en p. 211, nota 49. La doctrina española rechaza unánimemente la existencia de una « tentativa imprudente »: vid. por todos, MIR, PG, p. 369. De todas maneras, es posible realizar el tipo objetivo de la tentativa de forma imprudente (« dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practicar todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado »).

³¹⁷ BINDING, Normen III, pp. 448 s.; el mismo, Normen IV, pp. 493 ss., con más referencias a publicaciones anteriores, aunque con importantes matizaciones que obligan a relativizar esta opinión de BINDING; el mismo, Schuld, p. 120; CORDOBA, Notas al Tratado de Maurach II, pp. 189 s., de acuerdo con las tesis de MAURACH; ENGISCH, Untersuchungen, pp. 316, 330 s., 340 ss.; ESER, Schönke/Schröder, 22/22, sólo en supuestos de imprudencia consciente; EXNER, Wesen, pp. 212 ss.; JAKOBS, Studien, p. 140; el mismo, suplemento a ZStW 74, p. 41; el mismo, PG, 9/27, 25/28; JESCHECK, PG, 54 IV, sólo en los supuestos de culpa consciente; KÜPER, Lackner-FS, pp. 265 s.; MAURACH, PG, 41 II 1; MAURACH/GÖSSEL, PG, 40/72; MÜNZBERG, Verhalten, pp. 67 ss., 119 s., desde el punto de vista del Derecho civil, afirma que la ausencia de resultado supone, lógicamente, la no necesidad de indemnización pero no la falta de antijuridicidad; OEHLER, Zweckmoment, p. 69, nota 9, con más referencias; RGUEZ. MOURULLO, Comentarios, p. 149; RUDOLPHI, JuS 69, p. 553; el mismo, Maurach-FS, p. 65; el mismo, SK, 22/1; SCHMIDHAUSER, PG, 15/62; STRATENWERTH, Schw. Str. 16/43 ss.; STURM, ZStW 59, pp. 26 ss.; VOGEL, Norm, p. 53, nota 155; WELZEL, PG, p. 189; WOLTER, Zurechnung, pp. 193 ss., 299 s. Más referencias en FARRE, Tentativa, p. 125 y ADP 86, pp. 260 ss.

En contra, HUERTA, Contenido, p. 40. FARRE, Tentativa, pp. 123 s. hace una relación de aquellos autores que consideran imposible lógicamente una tentativa imprudente.

³¹⁸ PG, 25/28.

³¹⁹ BINDING, Normen III, p. 449; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 598, que consideran que la diferencia de tratamiento se basa en que en el delito doloso ya queda manifestada la voluntad del autor

cuando efectivamente se ha producido el resultado. En caso contrario, podría ser dudoso, por ejemplo, en los delitos de resultado, si en algunos supuestos el « autor imprudente » no tenía razón al considerar que las reglas generales de prudencia no eran necesarias en ese caso concreto. Esta duda afectaría a la legitimidad de la intervención del Derecho penal, por lo que el legislador prefiere omitir en general la intervención del Derecho penal si el delito imprudente no se consuma³²⁰. Cosa que no sucede con el delito doloso, donde ya es evidente la infracción de la norma de conducta en la tentativa. Además, no es ilegítimo que la mayor objetivación del hecho que llega hasta la lesión determine la relevancia penal de la conducta. Como ya he dicho, la diferencia entre el injusto administrativo y el penal reside en la distinta lesividad social del hecho. Los delitos de peligro del Título XVII (contra la seguridad colectiva) no son exactamente « tentativas imprudentes » de delitos de resultado³²¹. Si uno de estos delitos produce un resultado tendremos un concurso ideal de delitos (a excepción de lo dispuesto en el art. 383 C. P.), ya que la *ratio* de estos preceptos es distinta que la de los delitos tradicionales de resultado lesivo. En este Título XVII sólo se contemplan riesgos catastróficos, no riesgos para persona o personas determinadas. Por esa razón, por ejemplo, el art. 316 C. P. no se encuentra en este título o no existe un tipo relacionado con la actividad médico-quirúrgica. O un adelantamiento a una bicicleta sin respetar la distancia mínima de seguridad en el que no se puede probar con certeza la imputación del resultado (por ejemplo, porque el ciclista al ir borracho realiza un movimiento extraño) no se puede reconducir directamente a un delito contra la seguridad colectiva. Se estaría pervirtiendo la *ratio* de los preceptos referidos a la seguridad en el tráfico. El Título XVII se ocupa de delitos de peligro común o general³²² y no de delitos de peligro individual como, por ejemplo, el abandono de menores de edad o incapaces (art. 229 C. P.). En estos casos, el

contraria al Ordenamiento.

³²⁰ Incluso en el futuro se podrían incluir mayores restricciones del tipo, como entender penalmente relevantes sólo determinados tipos de lesiones o las lesiones que afectaran a las personas un tiempo determinado, al estilo del § 88 del C. P. austriaco.

³²¹ En sentido contrario, FARRE, Tentativa, p. 128; LUZON PEÑA, PG, p. 525; RGUEZ. MONTAÑES, Delitos de peligro, pp. 7, 134 ss., dejando muy clara una idea generalizada en la doctrina: « Los delitos de peligro surgen para castigar la realización de conductas peligrosas imprudentes respecto del eventual resultado lesivo, pero sin esperar a que ese resultado de produzca. representan, por tanto, un adelantamiento de las barreras de protección en el ámbito del delito imprudente, castigando excepcionalmente la tentativa imprudente -normalmente impune-, ante la importancia del bien puesto en peligro y la especial relevancia lesiva de la forma de ataque al mismo, en ciertos ámbitos en los que la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada han permitido « tipificar » la norma de cuidado con la suficiente precisión, haciendo posible la punición de esa conducta peligrosa sin resultado, sin menoscabo de la seguridad jurídica », 307 con respecto a los delitos de peligro abstracto; la misma, EJB, p. 2078; ZIELINSKI, AK, 15,16/96; S. T. S. de 22 de enero de 1977 (Pte. Sáez).

³²² Sobre la distinción entre delitos de peligro común o general y de peligro individual, RGUEZ. MONTAÑES, Delitos de peligro, p. 16. Sobre los « delitos contra la seguridad colectiva » como delitos de peligro general, DOVAL, Fraude alimentario, pp. 284 ss., en profundidad.

tipo de riesgo que el legislador pretende evitar, que es un riesgo abierto, incontrolable, con un número potencial de víctimas indefinido, hace que las conductas estén mucha más estandarizadas y regladas. Aquí ya no se puede esperar a ver si el autor tenía o no razón al no aplicar las reglas generales de cuidado en ese caso concreto. En estos delitos el objeto de referencia (tipo objetivo) del dolo o de la imprudencia (tipo subjetivo) es distinto al hecho que es objeto de referencia del dolo o la imprudencia en los tipos puros de resultado. La relación de estos tipos con el delito imprudente es más bien « funcional » desde un punto de vista político criminal. Permiten intervenir al Derecho penal en ámbitos en los que sólo podía intervenir mediante los tipos de resultado tradicionales imprudentes, con todas las limitaciones que ello implicaba. Los delitos contra la seguridad colectiva se diferencian de los delitos puros de resultado en la estrategia utilizada para tutelar determinados bienes jurídicos.

En este sentido se ha manifestado DOVAL en el marco de su tratamiento de los Delitos de Fraude Alimentario³²³. Este autor considera que la impunidad de la « tentativa imprudente » no dejaba otra alternativa « que abrir una nueva vía para la solución de los aludidos supuestos caracterizados por la indiscriminada puesta en peligro de la salud y por la ausencia de una resolución lesiva en el autor. Y ésta ha sido la de construir un concepto conectado con la indeterminación de los sujetos pasivos (la « salud pública »). A partir de él, se han diseñado unos tipos penales cuyas conductas comportan objetivamente la creación de un peligro para la salud de indeterminados sujetos, sin abarcar en ningún caso la intención de lesionarla. Entiendo, pues, que con la creación de las estructuras típicas de estos delitos contra la salud pública el legislador ha venido a resolver el problema que ofrecía la punibilidad de la tentativa en los delitos imprudentes contra la vida y/o la salud de las personas ». Como señala correctamente DOVAL, afirmar que la tutela de bienes jurídicos personales « frente a determinadas conductas es insuficientemente cubierta por los tradicionales delitos contra la integridad física o la salud y la vida », no significa que dicha insuficiencia sea « reveladora de defecto o ineficacia alguna de la Ley en el tratamiento de estos delitos, sino que deriva de razones esenciales propias de la clase de riesgos de los que se quiere preservar a estos bienes jurídicos »³²⁴.

4. Hasta aquí me he referido al resultado como un requisito formal del tipo legal que tiene importantes consecuencias prácticas. De todas maneras, con ello no me he ocupado de si se trata de un elemento esencial del injusto, es decir, de un elemento configurador de la norma de conducta, tanto dolosa como imprudente. Ello es necesario en un trabajo que versa sobre la relación entre imprudencia y resultado lesivo, ya que el

323 P. 244, con más referencias.

324 Fraude Alimentario, p. 246, con nota 160.

papel del resultado como elemento material ha sido objeto de continua discusión en la literatura jurídico-penal. Especialmente, además, en el delito imprudente. El resultado ha pasado de ser considerado el elemento esencial para definir el injusto a ser considerado como algo que no tiene que ver con su contenido, sino que sólo afecta a la determinación de la pena. De acuerdo con lo desarrollado hasta ahora, el papel del resultado tiene que ser el mismo en el delito doloso y en el imprudente, aunque en los supuestos de infracción de la norma de cuidado sólo sea punible el delito consumado. Por ello realizaré un estudio conjunto de este papel válido tanto para los injustos imprudentes como para los injustos dolosos. Las explicaciones del papel del resultado han resultado ser de los más variados:

a) Un sector de la doctrina ha señalado que el resultado es un indicador de la especial peligrosidad de la acción o, en el caso del delito imprudente, de una infracción del deber objetivo de cuidado más grave³²⁵. A esta idea es preciso objetarle que la experiencia nos enseña como la ausencia o presencia del resultado es algo que depende de la casualidad y conductas tremendamente peligrosas no lesionan mientras conductas mucho menos peligrosas acaban teniendo un desenlace nocivo³²⁶ y que la gravedad del resultado no depende de la gravedad de la imprudencia³²⁷. Tiene razón EXNER³²⁸ cuando

325 KRATZSCH, Verhaltenssteuerung, pp. 97 ss., 301 s.

LUZON PEÑA, PG, p. 512: « La exigencia de consumación, en su caso con producción del resultado en los delitos imprudentes responde probablemente, por una parte, a que, si no se produce el resultado consumativo, generalmente no hay tanta alarma social ante una conducta no dolosa, sino sólo imprudente y por ello no es suficientemente grave como para considerarla penalmente antijurídica, y por otra parte, a que cabe pensar que, si la actuación imprudente finalmente no produce completo el hecho típico, ello es una prueba generalmente de que la conducta no era tan peligrosa o de que el peligro estaba controlado (o sea, que se desvirtúa el inicial indicio de desvalor de la acción) ».

MIR PUIG, Función, p. 66, considera que « en los delitos dolosos la no consecución del resultado puede (aunque no necesariamente) manifestar una menor peligrosidad de la conducta », lo que le lleva a plantear la necesidad de que la pena para la frustración y tentativa pueda ser inferior, aunque la atenuación no sea obligatoria sino facultativa. Sus ejemplos no convencen. Un disparo a quemarropa o una veintena de puñaladas en el abdomen son hechos que debido a su indubitada lesividad justificarían el mayor marco de pena. El que en casos como éstos la pena máxima se vea tan legitimada como si llegara a existir un cadáver no tiene nada que ver con el resultado porque el resultado no tiene nada que ver con la peligrosidad de la conducta.

El T. S. ha afirmado en las SS. T. S. de 19 de enero y 13 de marzo de 1976 (Pte. Vivas Marzal) que « nimias imprudencias no suelen generar gravísimos resultados ». Depende del ámbito en el que se sea imprudente (piénsese en la manipulación de energía nuclear). Incluso, una actuación correcta (dentro del riesgo permitido) puede generar una auténtica catástrofe. Por otro lado, ha afirmado en la segunda sentencia que los resultados « pueden servir de índice, exponente o punto de partida para inducir el grado de intensidad del quehacer u omitir culposos ». En numerosas sentencias (7 de marzo de 1974 -Pte. Díaz Palos-; 1 de julio de 1980 -Pte. Gil Sáez-) ha afirmado también el T. S. que « la importancia del daño suele corresponder a la del peligro previamente desatado ».

326 FRISCH, Verhalten, p. 513; RGUEZ. RAMOS, CPC 87, pp. 60 s., insistiendo en que « el problema básico de los delitos culposos en cuanto al resultado radique en su carácter casual, fatalista o azaroso »; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 129 s.

327 ARROYO, Seguridad en el Trabajo, p. 225; CORCOY, Imputación, p. 40; GUALLART, ADP

afirma que « el resultado, considerado aisladamente, es un mal juez *in bonam et in malam partem* ». En mi opinión, este razonamiento no puede servir como criterio material y racional para fundamentar el papel del resultado típico. En palabras de WELZEL, el opinar que « la cosa no era tan grave cuando todo ha terminado bien », no es más que un sentimiento irracional³²⁹. Por tanto, este papel del resultado va referido a su importancia en el proceso como indicio probatorio, pero no a su fundamentación material dentro de la teoría jurídica del delito que es lo que nos preocupa en estas páginas. Es preciso fundamentar el papel del resultado como elemento del tipo no desde una perspectiva fáctico-probatoria, sino de acuerdo con el papel del Derecho penal en una sociedad moderna.

b) Los finalistas más extremos de la escuela de ARMIN KAUFMANN, se han aprovechado de la debilidad de esta argumentación para intentar fundamentar un Derecho penal basado solamente en el desvalor de la intención interna de cada sujeto. La evidencia de que la gravedad de la conducta no se corresponde siempre con la gravedad del resultado ha sido uno de los argumentos utilizados por KAUFMANN y sus discípulos para hacer desaparecer cualquier relevancia del resultado en los códigos penales e, incluso, para propugnar su desaparición de los mismos. Para estos autores sólo la acción (intención) es materia de desvalor, porque después de que el autor ha hecho todo lo que creía que debía hacer para la consecución de su meta delictiva lo que suceda es mero producto de la casualidad. Por ejemplo, la ausencia del resultado puede ser sólo consecuencia de que la víctima es especialmente hábil para salvar cierto tipo de

79, p. 618, con una amplia relación bibliográfica, a la que me remito.

SS. T. S. de 2 de octubre de 1968 (Pte. García Tenorio), pesuponiéndolo como doctrina constante de la Sala; 27 de febrero de 1970 (Pte. Escudero) afirmando ésta última de forma expresa que la gravedad de la imprudencia no depende de « la gravedad del evento causado, que puede tener intensidad cuantitativa diversa por la intervención del azar y de circunstancias objetivas, que no se correspondan con las imprudencias mismas »; 6 de junio de 1977 (Pte. Vivas); 31 de mayo de 1982 (Pte. Vivas); la magnitud de la culpa « como es sabido, no se mide por la gravedad del resultado sino por la intensidad y mayor o menor disculpabilidad del descuido, negligencia o abandono »; 28 de mayo de 1984 (Pte. Vivas): « la gravedad de la imprudencia, se determina no por la magnitud del resultado sino por la intensidad de la culpa »; 5 de febrero de 1990 (Pte. Carrero).

Frente a la tradicional afirmación de que en la imprudencia existe una « vergonzosa responsabilidad por la causalidad » (citas en BINA VINCE, *Die vier Momente*, pp. 203 ss., en profundidad; GUALLART, ADP 79, p. 618; JAKOBS, PG, 9/nota 36; ZIELINSKI, *Handlungsunwert*, pp. 152 ss.; el mismo, AK, 15,16/96), en mi opinión existe más bien muchas veces una « vergonzosa irresponsabilidad por la casualidad » (esta es en realidad la opinión de los partidarios de la « teoría del incremento del riesgo » y posturas afines que intentan paliar esta « vergonzosa irresponsabilidad »; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 442; WOLTER, *Zurechnung*, pp. 127 s.). Sin habérselo ganado, el autor puede verse exonerado de pena. Piénsese en un médico que en una operación no adopta medidas mínimas, pero que no puede determinarse en el procedimiento cuál fue efectivamente la causa de la muerte del paciente.

³²⁸ Wesen, p. 213.

³²⁹ PG, p. 136.

situaciones. Ya hemos visto que KAUFMANN y sus discípulos no le concedían ninguna importancia al fundamento del desvalor de una conducta: su lesividad o carácter ofensivo³³⁰.

 330 Los partidarios más radicales de la « doctrina final de la acción » y ciertos partidarios de la teoría de las normas de conducta de ARMIN KAUFMANN han afirmado tajantemente que el resultado « no tiene ninguna función en el injusto » (paradigmático ZIELINSKI, *Handlungsunwert*, p. 200) y le han negado toda relevancia material al resultado y, por tanto a la imputación del mismo. La relevancia del resultado en el ámbito del Derecho penal se reduciría a las siguientes funciones: a) tener una influencia emocional e irracional que suscita el sentimiento de necesidad de la pena en la comunidad, suponiendo el resultado un medio para que la comunidad jurídica experimente el injusto de forma más intensa, denominada por ZIELINSKI como función mediadora entre la acción antijurídica y la comunidad jurídica (en profundidad, DEGENER, *ZStW* 103, pp. 376 ss.) b) desde un punto de vista de prevención especial, el autor se encuentra más dispuesto a asumir las consecuencias punitivas de su conducta, aspecto desarrollado principalmente por HORN c) desde un punto de vista procesal su papel como indicio favorecedor de la demostración de la existencia de un injusto (DEGENER, *ZStW* 103, pp. 381 s.) o como justificación para unas medidas procesales más gravosas o como motivo para incoar un procedimiento o para posibilitar que la Administración de Justicia no sufra una sobrecarga ocupándose de acciones cuya antijuridicidad es difícil de probar, denominada por ZIELINSKI función indiciaria (especialmente importante en el delito imprudente -p. 211-), y sobre la que KAUFMANN más trató al ocuparse de la imprudencia d) evitar una cuota de criminalidad excesiva que ponga en entredicho la legitimidad o función del Derecho penal, aspecto resaltado primordialmente por LÜDERSEN (DEGENER, *ZStW* 103, p. 379). El resultado para los partidarios de una concepción monista-subjetiva del injusto no es más que una condición objetiva de punibilidad. De todas maneras, la idea de que el resultado en el delito imprudente es una condición objetiva de punibilidad no es nueva y se encuentra en muchas monografías clásicas. Vid. por todas, ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 341 s. Bibliografía sobre la más reciente corriente doctrinal en este sentido, especialmente vinculada a la escuela de ARM. KAUFMANN: CUELLO CONTRERAS, *ADP* 83, p. 86; DORNSEIFER, *Arm. Kaufmann-GS*, pp. 427 ss.; HORN, *Gefährungsdelikte*, pp. 78 ss.; ARM. KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 72; el mismo, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 134 ss.; el mismo, *Welzel-FS*, pp. 403, 411; LÜDERSEN, *ZStW* 85, pp. 291 ss.; el mismo, *Bockelmann-FS*, pp. 186 ss., respondiendo principalmente a las objeciones de STRATENWERTH y partiendo de consideraciones sociológicas; el mismo, *Miyazawa-FS*, pp. 455 s.; SANCINETTI, *Teoría*, pp. 66 ss., 77 ss. en general y 291 ss. en relación al delito imprudente, considerando que en éste « el resultado opera como una válvula compensatoria de la indeterminación de la prohibición »; SCHÖNE, *CPC* 77, pp. 65 ss.; el mismo, *H. Kaufmann-GS*, p. 654; SERRANO, *Teoría del delito imprudente*, pp. 221 ss. (en especial 247 ss.), 338 ss.; ZIELINSKI, *Handlungsunwert*, pp. 128 ss., 204 ss. y *passim*; ZUGALDIA, *RDCirc.* 81, p. 347. Sin embargo, es preciso objetar que estas razones arbitrarias no pueden fundamentar la necesidad vinculada a la función social del Derecho penal de imputar un resultado a una conducta típica.

La importancia del resultado en los sentimientos de la comunidad ha sido resaltado recientemente por partidarios de la teoría de la prevención general positiva desde un punto de vista más material (DENCKER, *Arm. Kaufmann-GS*, p. 451; FRISCH, *Verhalten*, pp. 516 ss.; MAIWALD, *Wiedergutmachung*, pp. 70 ss.; ROXIN, *PG*, 10/100).

Las críticas a la posición de KAUFMANN y los suyos han sido abundantes y certeras: BOCKELMANN/VOLK, *PG*, p. 50; BUSTOS, *PG*, p. 370; CEREZO, *ADP* 83, pp. 502 ss., argumentando que entonces daría igual cualquier tipo de resultado causado y no haría falta exigir que para que el resultado sea típico se precisa una cierta relación normativa entre conducta y resultado; el mismo, *PG*, pp. 393 ss., con respecto al delito doloso, pp. 441 ss., con respecto al delito imprudente; DENCKER, *Arm. Kaufmann-GS*, *passim*; DONATSCH, *Sorgfaltsbemessung*, pp. 48 ss., con abundantes referencias, resumiendo las objeciones más importantes; EBERT/KÜHL, *Jura* 81, pp. 235 s.; ERB, *Alternativverhalten*, pp. 158 ss.; FREUND, *Erfolgssdelikt*, pp. 93 ss.; GALLAS, *Bockelmann-FS*, pp. 161 ss., insistiendo que en la vida social se valoran los hechos teniendo en cuenta sus consecuencias positivas o negativas; HIRSCH, *ZStW* 94, pp. 240 ss., defensor de la posición de WELZEL, que asume todas las críticas realizadas por STRATENWERTH; HUERTA TOCILDO, *Contenido*, pp. 35 ss., con un amplio resumen de las distintas concepciones subjetivo-monistas y dualistas del injusto; JAHR, *Bedeutung*, pp. 36 s., desde una perspectiva filosófica; JAKOBS, *PG*, 6/72 ss., argumentando que después de la resolución firme de delinquir todo es casualidad (el paso de los actos preparatorios a la tentativa, del desarrollo de ésta hasta la tentativa acabada, etc.), por lo que de acuerdo a los planteamientos de los

Las pretensiones de KAUFMANN y sus discípulos no son aceptables partiendo de

finalistas más radicales a partir de ahí todo debería ser irrelevante y merecer la misma pena; JESCHECK, PG, 24 III 2, con más referencias; KREY, ZStW 90, pp. 203 ss.; KRÜPELMANN, Bagatelldelikte, pp. 82 ss., desarrollando un concepto pluridimensional de injusto; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/59; LUZON PEÑA, EJB, p. 5974; el resultado depende precisamente de la actuación del autor, es obra suya y no únicamente del azar y sólo así hay imputación objetiva del mismo; al ser causado el resultado de modo evitable y controlable, o incluso controlado, por la acción, es por lo que la norma puede prohibir tal causación y desvalora plenamente la conducta en caso de que la produzca, y por ello también el dolo o la imprudencia -el desvalor subjetivo de la acción- han de referirse al resultado como elemento del tipo de injusto»; el mismo, PG, pp. 337 s., 513; MAIWALD, Wiedergutmachung, pp. 67 ss., resaltando la importancia del resultado no sólo en la imputación negativa, sino también en la positiva y del significado social del quebrantamiento de la norma, así como que, desde un punto de vista político criminal, existe el peligro de caer en un Derecho penal que sólo castigue motivaciones internas; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 178 ss., 186 ss.; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/11 ss.; MYLONOPOULOS, Verhältnis, pp. 59 ss.; NIEWENHUIS, Gefahr, p. 4; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 170 s., con argumentos relacionados con el Derecho positivo: diferencia de pena entre tentativa y consumación e impunidad de la « tentativa imprudente », 599 ss., 610 ss.; PAEFFGEN, Verrat, pp. 110 ss., resaltando a) como la « casualidad » se da desde el inicio de la objetivación de una conducta, y que se encuentra tan dominada por la casualidad la realización de la idea en el hecho como la causación del resultado mediante dicha realización, demostrando lo que subyace bajo la idea que critica: el injusto sólo es la intención de contrariar la norma y b) como la norma es pluridimensional y en una compleja sociedad democrática no puede consistir simplemente en un imperativo; PUPPE, NK, antes de 13/17 ss.; RGUEZ. MONTAÑES, Delitos de peligro, pp. 129 ss.; la misma, EJB, p. 3377; ROXIN, PG, 10/94 ss., replica al argumento de que sólo pueden ser materia de prohibiciones acciones y no resultados, que se pueden prohibir resultados como realizaciones conforme a plan de acciones punibles o como consecuencias adecuadas de infracciones de cuidado; que la acción del homicidio precisa acción y resultado, sino será sólo una acción de homicidio intentado; frente al argumento de lo azaroso del resultado, replica que la « imputación objetiva » le resta tal carácter casual; asume también la argumentación de JAKOBS y PAEFFGEN, por lo que las tesis criticadas desembocan para él en un Derecho de la motivación interna; RUDOLPHI, Maurach-FS, pp. 69 ss.; SCHÖNEBORN, GA 81, passim, desde planteamientos sociológicos, criticando primordialmente la posición de LÜDERSEN; SCHÜNEMANN, JA 75, pp. 443 ss.; el mismo, Schaffstein-FS, pp. 170 ss.; el mismo, Chengchi Law Review, pp. 290 s.; STRATENWERTH, Schaffstein-FS, objeta a) que de la necesidad nomológica de una conducta desvalorada para que haya injusto no se deduce necesariamente la inutilidad funcional del resultado, ahí existe un salto lógico (pp. 182 s.), así como que b) aunque sea cierto que se desvaloran acciones y no producciones o ausencias de resultados, no se puede decir que el autor no tenga nada que ver con el resultado si éste aparece y, por tanto, que se infrinja el principio de culpabilidad y se impute mera casualidad (pp. 183 s.) cuando se está exigiendo que el resultado suponga una realización de la conducta de acuerdo a la norma, que c) el injusto no es un suceso social que sólo le importe al autor, sino que es pluridimensional y pertenece a la víctima y a la sociedad (pp. 184 ss.) y que d) surgen abundantes problemas con la participación desde la tentativa acabada hasta la consumación (p. 192); TIMPE, Strafmilderungen, pp. 105 s., sumándose a los argumentos de JAKOBS y argumentando que lo único que se hace es que en vez de hacer depender el injusto de la « casualidad », se hace depender la determinación de la pena; WOLTER, Zurechnung, pp. 113 ss., entendiendo que la creación y realización del riesgo pertenecen a la norma de valoración (éste en relación al autor y aquél en relación al portador de bienes jurídicos), distinta a la norma de determinación, que « la producción del resultado no es sólo un indicio (*Anzeichen*) (casual) del injusto sino un elemento distintivo (*Kennzeichen*) (adecuado a la acción) » (p. 130) y que « al hecho típico pertenecen no sólo el autor sino también el lesionado y la colectividad (o, lo que es lo mismo, la víctima como parte integrante de la comunidad jurídica», por lo que el injusto está concebido y estructurado de forma pluridimensional (p. 131); el mismo, GA-FS, pp. 294 ss., 307 s., defendiendo la « unidad valorativa del injusto de acción e injusto de resultado ». Tanto WOLTER como gran parte de estos autores han señalado como las explicaciones de la escuela de KAUFMANN se pueden asumir aunque se entienda el resultado como parte integrante del tipo de injusto.

Sobre la discusión en la literatura italiana, cfr. CASTALDO, RIDPP 87, p. 887; CEREZO, PG, p. 442, nota 179; CORDOBA, ZStW 81, p. 431; GUALLART, ADP 79, pp. 626 ss.; RGUEZ. RAMOS, CPC 77, p. 60.

un método dogmático que interpreta el Derecho positivo y no estructuras lógico-objetivas. Las opiniones de esta escuela sólo se pueden tener en cuenta como propuestas político criminales (de *lege ferenda*) que ni siquiera son apoyadas por un sector suficientemente numeroso de la doctrina³³¹. De *lege lata* la solución de la escuela de KAUFMANN es inaceptable. Es cierto que la producción del resultado depende en mayor o menor medida de la casualidad. Pero toda acción humana encierra un factor casual. Ganar una guerra, marcar un gol en un partido, ganar una oposición o ganar unas elecciones presidenciales son hechos que necesitan una cierta dosis de casualidad. Y por ello no se niega que la voluntad de una persona o de varias personas tenga que ver con esos hechos. Lo que es inaceptable e infringe el principio de culpabilidad es que a una persona se le pueda imputar un hecho de forma arbitraria. Esta es la conclusión a la que tiene que llegar necesariamente la escuela subjetivo-monista al entender que los resultados no son más que condiciones objetivas de punibilidad³³². Pero si se exige una determinada vinculación normativa entre una persona y un resultado no se puede hablar de arbitrariedad o casualidad, aunque siempre exista un margen de casualidad en lo que las personas hacen. Es evidente que los resultados no se suelen producir sólo debido a la conducta del autor, sino que concurren otros factores. La cuestión es dilucidar cuando dichos factores inciden o no en la imputación del resultado (delimitar la acción de la casualidad). Incluso, como ha señalado un amplio sector de la doctrina, el paso de la resolución delictiva a la tentativa y de la tentativa inacabada a la acabada también dependen de la casualidad. El resultado que es imputable a la infracción de una norma de conducta no puede infringir el principio de culpabilidad. De la afirmación de que la ausencia de un resultado cuando se infringe una norma de conducta dependa de la casualidad a la afirmación de que la imputación de

³³¹ CEREZO, PG, p. 397, « no se ajustan al Código Penal español »; GUALLART, ADP 79, p. 619; RGUEZ MONTANES, Delitos de peligro, p. 133: « No se ofrecen, de *lege lata*, fundamentos sólidos para justificar la dependencia de la pena de la producción del resultado en el delito imprudente y la atenuación obligatoria de la pena del delito frustrado y la tentativa frente al delito consumado ».

El problema político criminal (aunque entroncado con una determinada concepción de la normas) se muestra evidente en la siguiente reflexión de CUELLO CONTRERAS en el prólogo a la monografía de SERRANO (p. 28): « Siendo así que, probablemente, el legislador nos sacará del ensueño y, en coherencia con la teoría de las normas, acudirá cada vez más a la técnica de los delitos de peligro (ya lo ha hecho en 1989). Es cierto que sigue cayendo en la tentación del resultado (peligro concreto); pero cuando se dé cuenta de que es insuficiente se conformará con tipificar acciones peligrosas ». Esta posición político criminal no puede ser criticada aquí ya que nos distanciaría del objeto de investigación, pero es preciso recordar que ha recibido certeras críticas por querer convertir un Derecho penal liberal como el nuestro en un Derecho penal policial repleto de puros imperativos. Así, por ejemplo, esta objeción ha sido desarrollada por GUALLART, ADP 79, p. 641; HUERTA, Contenido, pp. 63 s.; RGUEZ, MONTAÑES, Delitos de peligro, p. 134; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 512. Al mismo tiempo se trata de una labor imposible de llevar a cabo que obligaría a seguir manteniendo los tipos de resultado tradicionales. Por tanto, esta propuesta no es más que una « huída hacia delante » que no soluciona los problemas dogmáticos que de *lege lata* plantean los tipos puros de resultado.

³³² NIEWENHUIS, Gefahr, p. 4.

un resultado a la infracción de un deber dependa de la casualidad hay un salto lógico. El principio de culpabilidad exige que sólo se imputen resultados que tengan vinculación con la infracción de una norma de conducta, pero no que toda conducta antijurídica reciba una pena³³³. Además, si la infracción de la norma de cuidado no tiene nada que ver con el resultado, no se explica la razón por la que el resultado condiciona la relevancia penal del hecho.

c) En el sistema de MIR PUIG el resultado desempeña, en esencia, la misma función que desempeñaba para WELZEL³³⁴. La diferencia es puramente terminológica: WELZEL dice que la imputación del resultado todavía es un elemento del injusto, mientras que MIR la denominaba condición de punibilidad, aunque no objetiva, porque no renuncia a una imputación normativa del resultado³³⁵. Como el injusto es para MIR sólo injusto de conducta (materia de la motivación de la norma), tanto el curso causal como el resultado quedan fuera del mismo. « La norma de conducta que se dirige al ciudadano (que yo llamo norma primaria), sólo prohíbe dicha conducta, y sólo ésta constituye el presupuesto de aquella norma. El resultado sólo integra el presupuesto de la norma de sanción (que yo denomino norma secundaria), no dirigida al ciudadano, sino al juez »³³⁶. De forma contraria a la doctrina mayoritaria en nuestro país³³⁷, aunque sin grandes diferencias prácticas, este autor consideraba que el resultado sólo es relevante para la punibilidad de la conducta pero no condiciona el injusto (de conducta). Según MIR³³⁸, « el resultado pertenece al tipo penal » porque « la tipicidad penal requiere tanto los elementos que fundamentan el injusto como los que condicionan su « punibilidad » ». La razón reside en que en el sistema de MIR se encuentran siempre en permanente lucha una base teórica que parte de una concepción motivadora de las normas y unas ponderaciones funcionales enmarcadas en la función del Derecho penal dentro de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Su teoría de las normas de conducta inspirada en KAUFMANN le obliga a desplazar el resultado del injusto al entender que la norma de

333 RGUEZ. MONTAÑES, Delitos de peligro, p. 132, con más referencias: el principio de responsabilidad subjetiva « no exige que todo comportamiento subjetivamente reprochable sea punible, sino que en aquellos que sean punibles se dé esa responsabilidad subjetiva »; STRATENWERTH, Schw. Str. 16/45.

334 Sobre la posición de MIR: Función, pp. 65 ss.; ADP 83, p. 13; ADP 88, pp. 672 s.; PG, pp. 144 ss., 301 ss. Se adhieren sus discípulos CORCOY, El delito imprudente, pp. 38, 335 ss., 423 ss., 434 ss. y SILVA, Omisión, p. 294, nota 60, ADP 84, p. 367, ADP 87, p. 542 y Aproximación, pp. 415 ss..

335 En el mismo sentido, SCHÖNE, CPC 77, pp. 65 ss., introduce el resultado en el « tipo del crimen », pero no en el « tipo del delito ».

336 Conocimiento, p. 33.

337 Vid. el apartado e).

338 PG, p. 145.

conducta sólo desvalora procesos psíquicos internos, pero su perspectiva funcional le impide renunciar a la importante función que desempeña la imputación del resultado en el tipo: « Por lo que se refiere al *resultado*, ya se ha dicho que no puede constituir en sí mismo objeto de prohibición por una norma preventiva, por lo que no puede tampoco integrar el contenido de lo antijurídico, aunque la voluntad del Derecho de evitarlo constituye la razón de la prohibición de las conductas que pueden causarlo. Más esta consideración *dogmática* derivada de la esencia de la *antijuridicidad* en un Derecho penal protector de bienes jurídicos, debe acompañarse de otras observaciones *político-criminales* que permiten disminuir o renunciar a la *punibilidad* cuando la acción prohibida no produce un resultado »³³⁹. Estas funciones político-criminales son³⁴⁰; en primer lugar probatorias cuando el resultado supone la realización del riesgo creado por la acción³⁴¹ ya que a veces el resultado es la única prueba segura de la peligrosidad que entrañaba la realización de la acción³⁴² (función indiciaria o probatoria) y, en segundo lugar, influencia en la necesidad de la pena. No considero asumible afirmar que el carácter positivo de la prevención general y la visión social del hecho punible sólo afectan a la norma de sanción pero no a la norma de conducta. Las consecuencias lógicas y coherentes que deduce MIR PUIG de su sistema sólo son admisibles a partir de una visión de la norma de conducta que, como ya se ha expuesto, no es compartida en este trabajo.

Esta posición de MIR PUIG y su escuela afectaba, indudablemente, a su teoría de la « imputación objetiva », que se ve reducida a la problemática de la imputación de resultados. El sistema elaborado por este autor no sólo carece de un único concepto de « imputación objetiva » para el delito doloso y el imprudente³⁴³, sino que se ve obligado a entender toda la « imputación objetiva » como una condición de punibilidad³⁴⁴. Es decir,

339 Función, p. 66 y PG, p. 144, subrayado en el original. Sobre estas consideraciones político criminales de selección en la doctrina alemana, DEGENER, ZStW 103, pp. 378 ss., en profundidad.

340 PG, pp. 144 s; 302 s.

341 MIR, Función, pp. 69 s.; SILVA, ADP 84, p. 370.

342 SILVA, ADP 84, p. 370.

343 Vid. CORCOY, El delito imprudente, pp. 84 ss.

344 SILVA, Aproximación, pp. 388 s., 415 ss., con más referencias, que mantiene que la imputación del resultado es un elemento de la norma de sanción. Sobre los autores que consideran que el resultado típico no supone un elemento integrante del injusto, ZUGALDIA, ADP 84, p. 322, nota 4, la posición contraria en nota 5.

MIR PUIG, en su encomiable intento de llevar a cabo una sistematización del Derecho penal, mantiene en el injusto dos sistemas diametralmente diferentes (en profundidad, en el último artículo recogido en Derecho penal, como formulación más reciente de su teoría del injusto): por un lado la antinormatividad, como infracción de la norma de motivación: la norma ha de ser siempre una norma imperativa sea cual sea el sistema social imperante; por otro lado, la antijuridicidad objetiva como la parte a la que le corresponde tener en cuenta la función del Derecho penal en la vida social. En mi opinión, la

no se tienen en cuenta los criterios normativo-objetivos en el injusto (norma de conducta). Como ha venido sucediendo a lo largo de toda la historia de la ciencia dogmática, cuando algún extremo no se puede explicar satisfactoriamente a partir de las propias premisas, se le aplica la muletilla de condición (objetiva o no) de punibilidad (o se traslada a la norma de sanción como un problema de punibilidad). De todas maneras, más allá de disputas nominalistas que no conducen a ningún sitio, lo importante es que MIR PUIG y sus discípulos han exigido siempre la imputación objetiva y subjetiva del resultado típico. Y en esta cuestión central estamos de acuerdo. Desde luego no tiene mayor importancia práctica que se considere el resultado como elemento integrante de la conducta que no forma algo distinto (como se hace en este trabajo) o como un elemento que no afecta al injusto penal pero que hace más evidente o necesaria la reacción penal y que cumple importantes funciones político criminales³⁴⁵. Lo que sucede es que, en mi opinión, lo consecuente sería que los partidarios de esta escuela no tuvieran en cuenta en el juicio sobre la realización del riesgo aspectos normativos como los que proponen (por ejemplo, fin o ámbito de protección de la norma) que están relacionados con la norma de conducta, sino puramente causales o político criminales. En definitiva, no existe resultado típico sin conducta típica, pero en los delitos que la doctrina denomina de resultado no puede existir una conducta típica sin tener en cuenta como elemento de determinación el resultado³⁴⁶, si no queremos reconvertir estos tipos en una bolsa de delitos de peligro abstracto. Posición, además, que nunca ha conseguido construirse de una forma mínimamente satisfactoria³⁴⁷. Es decir, el resultado nos sirve para determinar el alcance de la norma de conducta (del injusto). La conducta se ve definida en el tipo exclusivamente como productora de un resultado. La única forma de diferenciar el injusto merecedor de pena (injusto penal) del injusto administrativo es tener en cuenta para desvalorar una conducta su relación con el resultado. Entender que la norma penal y la norma administrativa se diferencian sólo por la producción del resultado en el caso concreto, supone defender un injusto arbitrario. No existe ninguna razón, más allá de la concepción de las normas ya criticada, para que sólo el anverso y no el reverso forme parte de la moneda.

nueva formulación de MIR PUIG no altera en lo esencial su construcción del injusto, quedándose simplemente en retoques superficiales y de denominación. Aunque afirme que parte de una nueva ordenación sistemática que arranca del desvalor de resultado, ello no afecta al fundamento de su concepción del injusto. En un sentido similar había construido WELZEL, *Naturalismus*, p. 85 (cfr. ZIELINSKI, *Handlungsunwert*, pp. 123, nota 151) su teoría del injusto, aunque utilizando la denominación de MIR en sentido contrario.

³⁴⁵ Los fundamentos dogmáticos de esta posición en MIR PUIG, *Función*, pp. 65 ss; el mismo, ADP 83, p. 13; el mismo, ADP 88, pp. 670 ss., con más referencias.

³⁴⁶ Ampliamente, RUDOLPHI, *Maurach-FS*, pp. 54 ss., con base en la doctrina de WELZEL desarrollando la de HARTMANN; SCHÜNEMANN, *Schaffstein-FS*, pp. 174 s.

³⁴⁷ Vid. Cap. 5º V.2.

Prescindiendo del resultado como punto de referencia en el injusto no se pueden definir ciertas conductas como infracción de una norma de conducta contenida en los tipos de homicidio, lesiones o daños. Sin un resultado como referencia no se pueden desvalorar conductas como hechos subsumibles en un tipo de resultado. « El deber de cuidado se debe referir a un resultado determinado »³⁴⁸. Por ejemplo, si llevar a cabo una operación sin realizar un mínimo de comprobaciones previas es una modalidad de conducta desvalorada por el art. 138 C. P. o por el art. 152 C. P. no es porque el legislador penal haya dicho de forma expresa que ese tipo de conductas está prohibido, sino porque se debe entender como una infracción de la norma de cuidado en relación a la vida o salud del paciente. O, por ejemplo, sin un resultado como referencia no se puede distinguir entre el dolo propio de los delitos de peligro concreto y el dolo propio de los delitos de resultado. Los inconvenientes de la anterior construcción de MIR PUIG se pueden apreciar en el desarrollo de la teoría del delito imprudente que realiza su discípula CORCOY. La teoría de la « motivación negativa » no sólo le impide a CORCOY explicar correctamente la imprudencia³⁴⁹, como ha sucedido a lo largo de toda la historia de nuestra ciencia, sino que un apartado tan importante como el de la imputación del resultado, al que va destinado más de la mitad de su investigación, tiene que ocupar una posición secundaria que no acaba de convencer: mitigar las consecuencias insatisfactorias a las que le lleva el fundamentar el injusto de resultado imprudente como producción de un resultado causado por una conducta que desobedece la norma de cuidado propia del delito imprudente.

d) En la doctrina alemana hay autores que mantienen una posición similar a la de MIR PUIG, argumentando que el resultado es una exigencia de la norma de sanción (influye en la penalidad del hecho antijurídico), pero no de la norma de conducta³⁵⁰. En la doctrina alemana destaca, a mi entender, FRISCH³⁵¹, que en este sentido se distancia de todos los grandes teóricos de la « teoría de la imputación objetiva ». A pesar de compartir sus pretensiones de legitimar materialmente la imputación de resultados dentro de una teoría jurídica del delito enfocada hacia la prevención general positiva no puedo compartir sus premisas teóricas. La norma de conducta se encuentra tan influida por la función de la pena en nuestro Estado como la culpabilidad. Los tipos penales describen modalidades de

348 S. T. S. de 26 de marzo de 1994 (Pte. Bacigalupo). En el mismo sentido, BINA VINCE, *Die vier Momente*, p. 226; REHBERG, *Risiko*, p. 224.

349 Las dificultades son reconocidas expresamente en *El delito imprudente*, pp. 85, 95.

350 El propio MIR, *Conocimiento*, p. 33, establece las similitudes.

351 *Vorsatz*, pp. 76 ss. y *passim*; *Verhalten*, pp. 507 ss. En el mismo sentido, FREUND, *Erfolgssdelikt*, p. 59, nota 32. En contra, TOEPEL, *Kausalität*, pp. 18 s.

conductas desvaloradas por el legislador. Y la producción del resultado es un elemento configurador de conductas como matar o lesionar, por tanto pertenece a la norma de conducta³⁵². No existe una conducta tipificada en el delito de homicidio o lesiones que no esté relacionada con el resultado. FRISCH no puede distinguir entre los delitos de peligro concreto y los de resultado si el dolo y la imprudencia no van más allá de la producción de una situación de peligro concreto. FRISCH ha conseguido llevar a cabo una decisiva objetivación y normativización del injusto, pero aún no se ha desligado completamente de los fundamentos teóricos de la visión personal del injusto del finalismo. Por otro lado, si la conducta típica se desvalora en relación a un resultado, la imputación del resultado a una conducta infractora de la norma de conducta no se puede reducir a la relación causal entre conducta y resultado, sino que es preciso que el resultado sea imputable a título de dolo o imprudencia. Es decir, el resultado tiene que tener una vinculación normativa con la norma de conducta. Por esta razón, la posición de FRISCH que define la conducta típica sin establecer ninguna relación del individuo con el resultado y que reduce la imputación del resultado a la mera constatación de la relación de causalidad entre conducta típica y resultado (en mi opinión, más consecuente que la de MIR y su escuela recogida en el apartado anterior) no puede ser admitida.

e) Después de todo lo dicho, considero que la doctrina mayoritaria³⁵³ que considera que el resultado es un elemento material del injusto parte de una premisa correcta. Es cierto que el injusto tipificado en el delito consumado es distinto que el tipificado en el injusto en grado de tentativa porque tiene un elemento más: el resultado descrito en el tipo consumado que no se encuentra en la tentativa. Sin embargo, en mi opinión, los partidarios de fundamentar materialmente la imputación del resultado porque así lo exige la norma de valoración no han explicado de forma suficiente porqué la ausencia de una víctima implica un injusto atenuado y la presencia de una víctima un injusto agravado. Sobre todo, teniendo en cuenta que esta idea puede no compaginar en principio con una concepción normativa orientada a la determinación de conductas que entienda que la materia de desvalor de la norma de determinación es sólo el desvalor de la intención (RUDOLPHI, WOLTER). Además, no se ha explicado ni porqué el resultado ocupa una posición secundaria en el injusto ni cómo se compagina la norma de valoración con la de determinación. En este trabajo, más que el eslogan programático que ofrecen las referencias a la norma de determinación y valoración, lo que se busca es la razón material para que exista el momento de la imputación del resultado en los delitos que así lo exigen,

352 -----
ROXIN, PG, 11/42.

353 Cfr. LAURENZO, Resultado, pp. 37, 51 ss.

con independencia de las consecuencias que para la determinación de la pena ello conlleve. Y esa razón material tiene que estar vinculada con la función constitucional del Derecho penal: la prevención general positiva.

f) En mi opinión, carece de relevancia la distinción radical entre desvalor de la acción (donde se tienen en cuenta sólo datos psíquicos del autor) y desvalor del resultado como materias distintas pertenecientes a normas distintas (norma de determinación y norma de protección, valoración o garantía). Desde luego no es una exigencia del derecho positivo. Se trata de una distinción demasiado vinculada a la « doctrina final de la acción ». En mi opinión, la distinción radical en el ámbito del tipo se encuentra entre los requisitos objetivos del tipo (tipo objetivo) y los requisitos subjetivos (tipo subjetivo, que afecta tanto al delito doloso como al imprudente -cuidado debido-)³⁵⁴. Esta distinción está más vinculada al Derecho positivo. En virtud de esta afirmación, lo decisivo es delimitar los elementos típicos imputables a una persona de los elementos que carecen de relevancia para configurar la infracción de la norma de conducta aunque causalmente se encuentren vinculados a una persona. El resultado muerte es tan relevante para definir una acción como típica como el elemento « cosa mueble ajena ». Y es relevante en tanto en cuanto se impute a título de dolo o de imprudencia. Por tanto, un resultado sólo nos interesa en cuanto forma parte del aspecto objetivo de la conducta que infringe la norma. No hay duda, pues, de que el resultado es un elemento material del injusto. Sin tener en cuenta el resultado no podemos entender que una conducta es materia de desvalor del homicidio, las lesiones o los daños³⁵⁵.

En los delitos puros de resultado lo determinante para la valoración, al igual que en todos los tipos, es la forma de lesionar el bien jurídico, no la lesión en sí aisladamente

³⁵⁴ La idea no es nueva, y ya en algunos manuales como el de OCTAVIO/HUERTA (pp. 169 ss.) se equipara expresamente el desvalor de acción del delito doloso e imprudente al tipo subjetivo o aspecto subjetivo del tipo y el desvalor del resultado, en sentido amplio, al tipo objetivo o aspecto objetivo del tipo. Ello explicaría, por ejemplo, la extensión de la « teoría de la imputación objetiva » a los delitos de mera actividad (cfr. OCTAVIO/HUERTA, PG, p. 91).

³⁵⁵ WOLTER, Imputación, p. 70 incidiendo en los problemas que tiene la « teoría tradicional de la imputación objetiva » para definir su concepción del injusto: « Roxin aboga por integrar el resultado del hecho punible en el tipo de ilícito. La acción y el resultado como el disvalor de acción y el desvalor de resultado constituirían así una unidad jurídica. En el resultado como pieza nuclear del ilícito se manifestaría de manera patente el disvalor de acción. En el homicidio, ya sea doloso o culposo, el resultado de muerte sería virtualmente un componente de la acción homicida y con ésta objeto de la prohibición de matar. En ese sentido la acción homicida se compondría del disvalor de acción y del disvalor de resultado. La conexión entre ambos resultaría de la teoría de la imputación. Por consiguiente, la acción típica sería el objeto de la norma de conducta y de valoración (*Verhaltens- und Bewertungsnorm*), subyacentes en el ilícito. De este modo, la norma de conducta (*Verhaltensnorm*) no estaría sólo referida al disvalor de acción, sino que lo estaría también al disvalor del resultado ».

considerada. Y ello aunque estas conductas (matar, causar una lesión) sólo se definan en relación a sus consecuencias y no nos ofrezcan ningún dato más. El resultado sólo es típico en cuanto forma parte integrante de la conducta infractora de la norma³⁵⁶. Su efecto es que la infracción de la norma de conducta se hace completamente evidente. El resultado típico (muerto, herida) no es más que la objetivación de la infracción de la norma de conducta. En palabras del T. S., es « expresión del riesgo creado »³⁵⁷.

Con la aparición del resultado la pena adquiere una especial legitimidad en el supuesto en concreto. Con la imputación del resultado a una conducta se puede constatar de forma satisfactoria en el caso concreto la relación existente entre el desvalor de ciertas modalidades de conducta y la protección de los ciudadanos³⁵⁸. Se constata que mediante la observancia de la norma de conducta se podría haber evitado la consecuencia lesiva (el muerto, la herida). Y no sólo en ese caso concreto, sino en general. Se muestra la utilidad social del respeto a la norma y de la intervención punitiva del Estado en su función protectora de los ciudadanos. Esta constatación de la relación directa entre Derecho penal y protección es muy sana y conveniente en un Estado de Derecho que no base la legitimidad de la pena en la mera coacción o amenaza³⁵⁹. Es decir, la imputación del

356 FRISCH, Verhalten, pp. 511 s., 524 ss.; JAKOBS, PG, 6/69 ss.; LESCH, Beihilfe, p. 182; WELZEL, Abhandlungen, pp. 147, 228.

357 S. T. S. de 6 de abril de 1993 (Pte. Moner).

358 En un sentido similar, FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 93 ss.; FRISCH, Verhalten, pp. 517 s., aunque estos autores consideren que la imputación de resultados pertenece a la norma de sanción.

359 DENCKER, Arm. Kaufmann-GS, p. 451. Estrechamente relacionados con esta *ratio* de la imputación del resultado se encuentran los argumentos ofrecidos por FRISCH, Verhalten, pp. 516 s.; KRÜPELMANN, Bagatelldelikte, p. 93, desde el punto de vista de la prevención general negativa; LAMPE, Unrecht, pp. 218, 222 s.; MAIWALD, Wiedergutmachung, pp. 70 ss.; STRATENWERTH, Schaffstein-FS, p. 177; WOLTER, Zurechnung, p. 131, de forma breve, que han sido resumidos por DEGENER, ZStW 103, pp. 376 ss., para defender la mayor punibilidad de los delitos de resultado consumados: el resultado produce una mayor conmoción de la paz jurídica. Ello hace que ante una expresión contraria al ordenamiento especialmente intensa que suscita una mayor atención por parte de la comunidad jurídica el ordenamiento necesite responder de forma mucho más contundente. Por ello, los delitos con resultado lesivo merecen una especial consideración por parte del ordenamiento. Curiosamente, este papel del resultado para el tipo es reconocido por detractores del mismo como elemento del injusto: MIR PUIG, Función, pp. 70 s., habla de la « estigmatización penal del resultado » que tiene como consecuencia que sea « más posible y necesario dejar constancia de que se ha producido lo que quiere evitar el Derecho penal »; ZIELINSKI, Handlungsunwert, pp. 207 ss., pero debido a su punto de partida ontológico no le otorga relevancia para el tipo de injusto. No es de extrañar que esta función del resultado tenga relevancia en el injusto para los partidarios de una concepción funcional del tipo (GOMEZ BENITEZ, Ejercicio, pp. 156 s.; MAIWALD, Wiedergutmachung, p. 72: « El concepto de injusto es un concepto relacionado con la finalidad del Derecho penal »).

Es cierto que puede haber tentativas que debido a las especiales circunstancias que les rodean o por ser realizadas por personajes populares afecten más a la validez del ordenamiento jurídico que otros delitos consumados. Sin embargo, es preciso admitir que si esas tentativas llegaran a consumarse su influencia en la comunidad sería todavía más radical.

La legitimación de la imputación del resultado que se ofrece en el texto es igual de válida aunque el legislador quisiera unificar la pena para la tentativa y la consumación. La necesidad de legitimar en el caso concreto el desvalor de una modalidad de conducta debe estar presente aunque en el caso concreto ello no

resultado no es más que una demostración en el caso concreto de porqué se le imputa una conducta a alguien como desvalorada en general. Por ejemplo, la razón de porqué sólo se puede emprender una actividad médica teniendo la preparación necesaria, se muestra mejor si se demuestra como esa falta de capacidad ha tenido como consecuencia un fallecimiento. Y mediante esa demostración se puede apreciar como en general es conveniente para evitar resultados lesivos que exista un deber de no emprender una actividad médica sin la preparación necesaria. En los supuestos dolosos no hace falta la imputación del resultado para imponer una pena porque con el principio de la ejecución típica ya se está dando un ejemplo claramente insoportable para la convivencia. Aunque en ambos supuestos, dolo e imprudencia, el momento de la imputación del resultado desempeña la función de aclarar en cada caso concreto que además de infringir un deber la conducta contraria a deber se desarrolla hasta una lesión³⁶⁰. La imputación del resultado no es más que una constatación en el caso concreto de la lesividad de las conductas prohibidas o de las ventajas de las conductas que se obligan a realizar. Esta es la función que desempeña la imputación del resultado: el que se produzca uno de los resultados que se pretendía evitar supone una demostración en el caso concreto de porqué la conducta se encuentra desaprobada por un tipo penal. Por el contrario, si el resultado no se puede explicar como consecuencia del riesgo típico, sino debido a otros factores, no se verá cristalizada en el hecho la *ratio* de la prohibición u obligación. Si, por ejemplo, el resultado no tiene nada que ver con la infracción de la norma no se puede demostrar la lesividad de la conducta desvalorada, aunque la ausencia del resultado no tenga nada que ver ya con el autor sino que sea fruto del azar. El resultado, tal y como se produce en el momento concreto, ha de ser exactamente uno de los que la norma penal prohibía crear o favorecer u obligaba a evitar al autor³⁶¹. El resultado sólo es relevante para el Derecho penal como « actualización » o « plasmación concreta » de la legitimación de la prohibición o del mandato. De todo lo dicho es evidente que hay que constatar siempre que el resultado se produce *a causa* y no *con ocasión* de la infracción de la norma de conducta³⁶². El injusto de resultado no es infracción de la norma más producción del

afecte a la cantidad de pena. De esta manera el ordenamiento penal sufrirá una mayor aceptación por parte de los ciudadanos. Como se puede apreciar, el fundamento material del resultado que se ofrece en el texto se encuentra íntimamente ligado a la idea de la función preventivo-general de la pena, idea ya resaltada por MAIWALD, Wiedergutmachung, pp. 69 ss.

³⁶⁰ GALLAS, Bockelmann-FS, p. 163.

³⁶¹ CEREZO, ADP 83, pp. 499 s.

³⁶² La expresión tiene su origen en el B. G. H. (cfr. CORCOY, El delito imprudente, p. 430; KÜPER, Lackner-FS, p. 253; NIEWENHUIS, Gefahr, p. 8, con más referencias) y ha sido asumida por JAKOBS, PG, 7/76; el mismo, Imputación, p. 86. Cfr. PUPPE, NK, antes de 13/208.

KÜPER, pp. 253 s., recoge otras expresiones con el mismo sentido: conducta típica y resultado « no deben encontrarse frente a frente sin ninguna relación » o « la causación imprudente no se agota en una « adición » de « causación » e « imprudencia » ». En el mismo sentido y añadiendo matices, ARROYO,

resultado, sino producción del resultado mediante infracción de la norma³⁶³. Es decir, el resultado típico es la concreción de la prohibición o mandato. Sólo así puede cumplir la imputación del resultado su función explicativa y su función legitimadora. Pero esta es una cuestión que se debe desarrollar en el Capítulo 6º.

La aparición o no de un resultado no influye en la definición de una conducta como contraria a deber, pero con él se completa el tipo de injusto como hecho con relevancia social. Es evidente que la imputación de la lesión de un objeto material no tiene ninguna influencia cualitativa en el injusto. La norma de conducta que se infringe con o sin resultado es la misma. Sin embargo, el resultado hace que ese injusto adquiera una mayor relevancia social. La paz jurídica se ve más alterada. Por esa razón el legislador no puede prescindir para la consumación del injusto de su efecto lesivo. Y por esa razón, desde el punto de vista de la prevención general positiva, no resulta ilegítimo que el delito consumado reciba una mayor pena que la tentativa en el ámbito del delito doloso o que el resultado determine la relevancia penal de la conducta en el delito imprudente. Sin embargo, pueden existir supuestos de tentativa acabada que conmocionen en igual medida la paz jurídica que una conducta igual que llegue a la consumación. Por ejemplo, que a pesar de darle a alguien doce cuchilladas profundas en el abdomen « mortales de necesidad », no se produzca la muerte. Estas « salvaciones milagrosas » a lo mejor se merecen el mismo tratamiento punitivo que los delitos consumados. Pero como ya he señalado, esta es una discusión político criminal que no afecta a la conclusión final de las argumentaciones anteriores: el resultado es un elemento material de la norma de conducta porque determina no sólo el alcance del tipo objetivo, sino también el alcance de las prohibiciones y mandatos.

Seguridad en el Trabajo, p. 193; BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 69; el mismo, WK, 6/60; HERZBERG, Verantwortung, p. 174; NIEWENHUIS, Gefahr, p. 12; ZIELINSKI, AK, 15,16/109.

³⁶³ ARROYO, Seguridad en el Trabajo, p. 193; NIEWENHUIS, Gefahr, p. 12; ULSENHEIMER, JZ 69, p. 367; el mismo, Arztstrafrecht, pp. 130 s.

Reconstrucción de la relación entre resultado lesivo e imprudencia I. 1.: El tipo objetivo (la imputación objetiva de riesgos)

I. Introducción

1. El primer paso para poder imputar un delito de homicidio o lesiones supone constatar que un hecho adquiere el significado objetivo de delito (de matar, de causar una lesión, etc.). Esta es la función que tradicionalmente le ha correspondido al tipo objetivo. La subsunción de un hecho en un tipo penal se ha de realizar mediante un juicio de imputación puramente *ex post facto* que no tiene en cuenta los datos psíquico-individuales de la acción, sino sólo su aspecto externo. De esta manera el tipo objetivo desempeña no sólo una función de garantía para el autor (estrechamente vinculada al principio de legalidad), sino que también sirve para determinar qué comportamientos deben ser evitados porque tienen un significado delictivo. Los tipos de la parte especial no desvaloran directamente intenciones o conocimientos, sino que llevan a cabo ese desvalor mediante la descripción de modalidades de conducta que se deben evitar (aunque a veces también se exijan determinados requisitos subjetivos que varían las reglas generales de imputación y que, por ello, se encuentran recogidos en el tipo penal correspondiente).

El Derecho positivo nos obliga a diferenciar entre varios momentos distintos en los delitos de resultado: la tentativa inacabada¹ (practicar parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado), la tentativa acabada (practicar todos los actos que

¹ Desde que existe una tentativa (incluso en ciertos casos antes si los actos preparatorios son punibles) existe una consecuencia lesiva desde un punto de vista normativo-simbólico: la desautorización o infracción de la norma. En contra, REYES, ADP 92, pp. 962, 968, que, en mi opinión desde una posición equivocada, entiende el resultado típico « no en sentido puramente naturalístico sino como quebrantamiento de las normas ». En mi opinión, la norma ya se desautoriza en cuanto existe una conducta típica (sino la tentativa inidónea no podría ser antijurídica) y la imputación del resultado es un problema que se suscita una vez que ya existe una infracción de la norma penal. Los hechos exteriores que exigen la regulación de la tentativa (art. 16 C. P.) no tienen que consistir en una lesión o puesta en peligro de la vida, la salud o bienes patrimoniales. Es preciso diferenciar entre las consecuencias lesivas para la norma que tienen todos los delitos (desautorización de la norma) y la lesión fáctica o puesta en peligro concreto que exigen determinados tipos para su consumación.

La doctrina siempre ha diferenciado el concepto de resultado en sentido naturalístico exigido por ciertos tipos penales y el resultado en sentido normativo que caracteriza a todos los tipos penales. En este sentido, podríamos entender, por formularlo en términos bastante extendidos, que todas las modalidades delictivas implican una afección de un bien jurídico de una forma jurídico-penalmente relevante. También la tentativa, acabada o inacabada.

objetivamente deberían producir el resultado) y la consumación (matar o causar la lesión). En los delitos puros de resultado² las conductas se describen sólo con respecto a sus consecuencias, no se ofrece ningún dato más para la imputación del hecho. Pero aunque no se describen de forma expresa los elementos que constituyen la tentativa acabada es preciso diferenciar para una correcta resolución de las cuestiones concretas dos problemáticas distintas: la imputación del riesgo y la imputación del resultado³. A pesar de las apariencias, el homicidio, las lesiones o los daños no son tipos de pura causación de un resultado, sino que son tipos en los que mediante la referencia a un resultado se desvalora una determinada forma de ejecutar un hecho⁴. Esta diferenciación influye tanto en la teoría del tipo objetivo como en la del tipo subjetivo (imputación de la realización del tipo objetivo a título de dolo o a título de imprudencia). Es preciso diferenciar ya en el marco del tipo objetivo cuando a una persona no se le puede imputar objetivamente ni siquiera un riesgo (no hay tentativa acabada)⁵ y cuando, aunque se le pueda imputar un riesgo, no se le puede imputar un resultado como realización de ese riesgo típico. Nuestro T. S., como hemos visto, no distingue claramente ambas cuestiones, que precisan una clara delimitación para poder solucionar de forma materialmente satisfactoria los problemas que nos ofrece la práctica. A esta confusión ha contribuido la « teoría de la

² Entiendo por tipos puros de resultado aquellos que son objeto de referencia del art. 11 C. P. Donde este artículo dice « delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado » habría que entender una referencia a los delitos o faltas que consisten exclusivamente en la producción de un resultado.

³ Por el contrario, como ha señalado FRISCH, Verhalten, p. 24, una concepción puramente resultatista de los tipos puros de resultado conduce a que la negación de la imputación del resultado equivalga a negar el injusto.

GIMBERNAT, ADP 62, pp. 544 ss., ya señaló como dentro del problema causal se trataban estas dos cuestiones; ROXIN, PG, 11/36 ss.; WOLTER, GA-FS, p. 272.

⁴ Sobre la importancia de la planificación de riesgos frente a la planificación de resultados en la moderna teoría jurídica del delito, BRAMMSEN, JZ 89, p. 76, de acuerdo con su maestro OTTO; FRISCH, Vorsatz, pp. 68, 81 ss., 490, 504 s., con más referencias y passim; el mismo, Tipo, p. 115; MTNEZ. ESCAMILLA, Aproximación, pp. 87 ss.; OTTO, NJW 79, p. 2415; el mismo, NJW 80, passim; el mismo, Jura 92, p. 97, con más referencias; SCHÜNEMANN, Schaffstein-FS, pp. 174 s.; WOLTER, Zurechnung, pp. 68 ss.; ZIELINSKI, AK, 15,16/74. Todos ellos han desarrollado la idea de ROXIN del « principio del riesgo » (Honig-FS, pp. 135 s.; Chengchi Law Review, pp. 234 s.) como principio rector de la imputación de resultados, junto al « fin de protección de la norma », que se ocupa de todas aquellas problemáticas que no tienen explicación a través del principio del riesgo como, por ejemplo, la de las autopuestas en peligro o autolesiones. Sobre el « principio del riesgo » en la « teoría de la imputación objetiva » de ROXIN, WOLTER, Imputación, pp. 67 ss.

Vid. las consideraciones de ROLDAN, Adecuación social, pp. 104 s., 108.

⁵ No se debe confundir la imputación objetiva del riesgo con la peligrosidad *ex ante* de la conducta. El que se salta un semáforo en rojo o un stop sin adoptar ningún tipo de medida adicional pero tiene la suerte de que no se encuentra ningún otro participante en el tráfico en las inmediaciones realiza una conducta relevante para el Derecho administrativo pero no para el tipo de homicidio, lesiones o daños. La peligrosidad *ex ante* no es un dato del hecho que *per se* sea relevante para la imputación jurídico-penal. Ni siquiera toda intención de realizar un hecho tipificado como delito es relevante en el ámbito del delito doloso (hay que dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores). La peligrosidad *ex ante*, como el conocimiento que tiene el autor de la probabilidad de lesionar que encierra su comportamiento, no afecta a la subsunción de una conducta en el tipo objetivo.

imputación objetiva » desarrollada en Alemania por ROXIN⁶ y que ha tenido una amplia aceptación en nuestra doctrina. No se puede equiparar « imputación objetiva » con imputación del resultado. Existe también una imputación objetiva de hechos típicos que no son el resultado y para imputar un resultado o cualquier elemento típico a una persona hace falta algo más que datos puramente objetivos. El tipo objetivo *strictu sensu* es, por un lado, algo más amplio que la imputación de un elemento objetivo del tipo muy determinado, el resultado. Y, por otro lado, tienen razón los finalistas en ciertas críticas al señalar que para imputar un hecho jurídico-penalmente relevante a una persona también hay que acudir a datos subjetivos (conocimientos, experiencias, etc.) o al tipo subjetivo, como ha reconocido el propio ROXIN. Como veremos, a la hora de imputar un hecho algunos problemas concretos encuentran su solución en sede del tipo objetivo (de tentativa o consumación) y otros en sede del tipo subjetivo. La « teoría de la imputación objetiva », tal y como es entendida hoy en día por la mayor parte de la literatura

⁶ Como hemos visto, la « doctrina social de la acción » fue el embrión de esta posición. La discusión con el finalismo, que, como es de sobra sabido, le otorgaba una especial relevancia al concepto de acción, tuvo como consecuencia que esa discusión discurriera fundamentalmente sobre dicho concepto. La « teoría tradicional de la imputación objetiva », capitaneada por ROXIN, destacó la escasa relevancia de dicha discusión y la trasladó al ámbito del tipo, profundizando en ciertas ideas de la « doctrina social de la acción ». El propio ROXIN, Honig-FS, p. 138, resaltó como el *topos* argumentativo central en la « doctrina social de la acción » de la « susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad » era más fructífero para la teoría de la imputación que el simple dogma causal. Sobre la relación entre la « susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad » y la « imputación objetiva », tal y como es entendida por ROXIN, Chengchi Law review, p. 251.

ROXIN se hizo eco de la necesidad de una « imputación objetiva » destacada de forma embrionaria por la « doctrina social de la acción » y la vinculó con el estudio sobre la teoría de la imputación de HEGEL llevado a cabo por LARENZ en 1927, que había sido aprovechado por HONIG, Frank-FG, en 1930 en materia penal. Las aportaciones de estos dos autores aparecieron en el panorama doctrinal cuando la « teoría de la causalidad adecuada » había encontrado su sitio como teoría del tipo, pero sus posiciones planteaban mejor las diferencias entre causalidad y tipicidad. ROXIN, en un libro-homenaje a este último autor aprovechó el sustrato que le ofrecían estas posiciones y las de todos aquellos que se habían opuesto a la « doctrina final de la acción » para presentar su « teoría de la imputación objetiva » (cfr. CASTALDO, RIDPP 87, p. 891; ROXIN, CPC 89, p. 751, nota 3; el mismo, PG, 11/46; el mismo, Chengchi Law Review, p. 235). En este mismo libro-homenaje, LARENZ (pp. 79 s.) resume su contribución y la de HONIG, aunque resaltando como las conclusiones de ambos varían al desarrollar LARENZ una teoría de la imputación útil para el ordenamiento civil (sobre todo en materia de responsabilidad por el peligro) y, por el contrario, centrarse HONIG en la imputación penalmente relevante. Poco a poco la « teoría tradicional de la imputación objetiva » ha trasladado el tratamiento dogmático de ciertas cuestiones del ámbito genérico de la acción al más concreto del tipo (ROXIN, PG, 10/55; RUDOLPHI, SK, 1/57 ss.). Cfr. CEREZO, PG, p. 344, nota 9; GIMBERNAT, Estudios, p. 208, nota 96; JORGE BARREIRO, Imprudencia, pp. 36 s.; LUZON PEÑA, PG, p. 377.

ROXIN, Problemas básicos, p. 147, resume así lo que ha supuesto la aportación de su contribución a Honig-FS para la moderna discusión dogmática: « Cada vez gana más terreno la concepción de que para el Derecho penal es menos importante averiguar si y con qué requisitos se puede calificar como « acción » una conducta humana, que establecer cuándo y hasta qué punto se le puede imputar como fundamentador de la responsabilidad un resultado a una persona. A esos esfuerzos por una nueva fundamentación de una teoría jurídicopenal de la imputación está dedicado el artículo aquí reproducido, que en este sentido debe completar por el lado positivo mis observaciones críticas sobre el concepto de acción ».

Por tanto, el concepto de acción ha perdido relevancia en la literatura más moderna en beneficio de una teoría de la imputación. La teoría jurídica del delito se ha convertido en una teoría jurídica de la imputación.

especializada es rechazable por implicar una mezcolanza de problemas que dificulta tanto la resolución de problemas concretos como una construcción teórica y sistemáticamente satisfactoria del injusto. No sólo no delimita de forma clara la imputación de resultados de la imputación de riesgos (cuestión con respecto a la cual resultan básicas las contribuciones de FRISCH y JAKOBS), sino que no diferencia suficientemente la subsunción de un hecho en el tipo objetivo de la imputación de ese hecho a una persona a título de dolo o a título de culpa. Como intentaré exponer, los problemas del tipo objetivo en los tipos puros de resultado pasan por un correcto desarrollo de la imputación de riesgos y algunas soluciones ofertadas por la « teoría de la imputación objetiva » no son tan objetivas como parecen.

Las teorías de la motivación negativa consideran que el enjuiciamiento *ex ante facto* (que enjuicia cómo el sujeto se ha representado previamente su meta y los medios para conseguirla)⁷ influye ya en el momento de la imputación del riesgo. Como hemos visto no les falta razón, ya que también es precisa una imputación subjetiva del riesgo para constatar la culpabilidad del autor. Sin embargo, todas las teorías de la motivación negativa han incurrido en el error de no diferenciar de forma limpia la problemática de la imputación objetiva y la de la imputación subjetiva del riesgo. Ciertamente, es preciso tener en cuenta ciertos datos psíquicos para imputar un hecho (tipo subjetivo), pero esa constatación subjetiva pasa por definir previamente una acción como subsumible objetivamente en una norma penal. Si una persona mata una mosca, sus datos psíquicos son absolutamente irrelevantes para el Derecho penal. Por tanto, la inicial relevancia normativa (social) de una conducta no depende de la psique del autor⁸. Esto ha sido asumido por nuestro ordenamiento como principio general y por la doctrina mayoritaria al rechazar, por ejemplo, la tentativa supersticiosa o la punición de todo acto preparatorio que no suponga conspiración, proposición o provocación, por muy « mala intención » que tenga el autor (mientras no se dé principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores). El juzgador no tiene que analizar la psique de un ciudadano para decidir si su comportamiento reúne, en principio, los requisitos objetivos exigidos de

⁷ Perspectiva *ex ante* significa que un sujeto en una concreta situación enjuicia *pro futuro* lo que va a suceder si hace o no hace algo. La perspectiva *ex ante* supone una « prognosis subjetiva anticipada », tal y como también lo ha resaltado SCHÜNEMANN, JA 75, p. 438.

Sobre « imputación objetiva » y perspectiva *ex ante*, HRUSCHKA, PG, pp. 411 s.; MIR PUIG, ADP 83, 9 ss.; RUDOLPHI, Maurach-FS, pp. 68 s.

STRUENSEE, JZ 87, pp. 53 s., 58 s., 62 y GA 87, p. 99, tiene razón al poner de manifiesto que esta perspectiva supone reconocer que existen datos psicológicos *ante actum* penalmente relevantes, antes de iniciar la ejecución del tipo. Por ello tiene razón cuando afirma que esa perspectiva *ex ante* ha de seguir entendiéndose como una aceptación de ciertas premisas del finalismo.

⁸ FRISCH, Vorsatz, pp. 128 s.; JAKOBS, Imputación, pp. 97 s.

forma expresa o tácita por las normas penales.

La concepción defendida en este trabajo implica negar la existencia de diferencias entre el tipo objetivo del delito doloso y el tipo objetivo del delito imprudente. El hecho de que una acción adquiriera el significado objetivo de « matar a otro » no depende de que lo mate de forma dolosa o imprudente (imputación del homicidio a título de dolo o imprudencia). Los requisitos positivos de la « imputación objetiva » (riesgo que se realiza en el resultado) y los filtros objetivos que ofrece (ámbito de protección de la norma o alcance objetivo del tipo) son iguales en un supuesto y en el otro⁹. Por el contrario, las teorías de la motivación negativa no establecen de forma clara una distinción entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. Muchas veces la imputación se hace depender de lo que conoce o quiere el sujeto, sin tener en cuenta si ese hecho que conoce o quiere se

⁹ En un sentido similar al texto, BINDING, Normen II, pp. 312 ss.; el mismo, Normen IV, pp. 341, 421, 447 s., 451, 581; el mismo, Schuld, pp. 128 s.; ENGISCH, Untersuchungen, pp. 345, 347 s.; FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 167, 175, 265; FRISCH, Vorsatz, pp. 84 ss., 140; el mismo, Verhalten, passim (especialmente, pp. 33 ss.); el mismo, Error, p. 204; GIMBERNAT, ADP 62, pp. 568 s.; el mismo, Causalidad, p. 155, con más referencias; HERZBERG, Unterlassung, pp. 243 ss.; el mismo, JR 86, pp. 7 s.; el mismo, JuS 96, p. 381; JAKOBS, Studien, pp. 52, 87 ss.; el mismo, GA 71, p. 260; el mismo, suplemento a ZStW 74, p. 16; el mismo, PG, Cap. 7ª (especialmente, 7/40); KÖHLER, Fahrlässigkeit, p. 274; KRAUSS, ZStW 76, pp. 45 ss., 58 s.; LESCH, GA 94, p. 121; LORENZ, Maßstab, p. 31, con más referencias; MAIHOFER, ZStW 70, p. 181; MAIWALD, Jescheck-FS, pp. 422 s.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 88 s., 123, aunque con una posición distinta a la del texto; MAURACH, PG, 42 I A; H. MAYER, PG, pp. 141 s.; NOWAKOWSKI, JZ 58, pp. 339, 390; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 606 ss.; PAREDES, Riesgo permitido, pp. 118 ss.; el mismo, El caso de la colza, p. 135; PREUSS, Untersuchungen, pp. 17, 194 ss. (en especial, 214 s.); PUPPE, NK, antes de 13/142 ss., 15/6, que considera que el deber de cuidado y el riesgo permitido son exigencias generales para la imputación, que tienen el mismo valor para el delito doloso y el imprudente, y que la relación entre ambos es *plus-minus* y no se trata de un aliud; QUINTERO, PG, p. 299; REYES, ADP 92, pp. 956, 967; el mismo, Imputación, p. 96; SCHMIDHAUSER, Schaffstein-FS, pp. 148, 155; el mismo, PG, 9/31; el mismo, Studienbuch, 7/93, de acuerdo con su particular concepción del riesgo permitido como causa de justificación; SCHROEDER, ZStW 91, p. 262; SCHÜNEMANN, Chengchi Law Review, pp. 293 ss.; STRATENWERTH, PG, nums. margs. 346 s., considera que la adecuación social o el riesgo permitido son idénticos en los dos supuestos y que no existe ningún problema por tener en cuenta este aspecto valorativo en la tipicidad; TRIFFTERER, PG, Cap. 8º, pp. 312 s.; WOLTER, GA 77, p. 268; el mismo, Zurechnung, pp. 34, 43; el mismo, GA-FS, pp. 307 ss., considera que el delito doloso y el delito imprudente tienen la misma estructura, aunque con unas consecuencias sistemáticas distintas a las de este trabajo.

En contra de esta igualdad: BUSTOS, Estudios XII, p. 140; CEREZO, ADP 94, p. 16; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/92, con más referencias; MIR PUIG, Función, pp. 74 s.; el mismo, ADP 88, pp. 666, 673 ss.; el mismo, PG, p. 151; RUDOLPHI, SK, antes de 1/62; SILVA, Aproximación, pp. 388, 400; WOLTER, GA 77, p. 262, se contradice en relación con la p. 268.

Evidentemente, también en contra todos los finalistas: WELZEL, PG, pp. 30 ss., 37 ss.; ARM. KAUFMANN, Jescheck-FS, p. 253, considerando que su posición está generalmente aceptada y que es seguido por sus discípulos (CUELLO CONTRERAS, HORN, SANCINETTI, SCHÖNE, SERRANO, STRUENSEE, ZIELINSKI). ARM. KAUFMANN, Normentheorie, pp. 222 ss., ya arremetió por esta razón contra la obra de BINDING.

Gran cantidad de autores consideran que los criterios de imputación del resultado desarrollados en el ámbito del delito imprudente, son válido también en el ámbito del delito doloso, sin negar que su eficacia pueda ser distinta: MAIWALD, JuS 84, p. 440; ROXIN, Honig-FS, p. 144, que considera que ciertos criterios de imputación tienen la misma relevancia (disminución del riesgo, riesgo permitido), mientras el « fin de protección de la norma » puede ser distinto en el delito doloso y en el delito imprudente.

encuentra desvalorado en la parte especial de nuestro C. P. o en leyes especiales. Al mismo tiempo, si se analizan detenidamente los Libros II y III del C. P. se puede apreciar como no existen unos requisitos objetivos en el homicidio y en las lesiones distintos para el dolo y para la imprudencia¹⁰. Estos requisitos objetivos no dependen de lo que el autor tenga ante los ojos. Además, existe un argumento lógico en favor de la posición aquí mantenida: el dolo y la imprudencia no son elementos de la imputación que cuelguen de la nada. Ambos van siempre referidos al hecho que se encuentra subsumido en un tipo penal. No se realiza un tipo doloso o un tipo imprudente, sino que siempre nos encontramos ante realizaciones dolosas o imprudentes de tipos. Por ello, antes de imputar un hecho jurídico-penalmente relevante a título de dolo o culpa es preciso definirlo como un hecho desvalorado en general por una norma penal¹¹.

La solución contraria es absurda: habría que saber si el autor actuó dolosa o imprudentemente sin conocer primero en qué consiste la modalidad de conducta penalmente relevante. Pero no se puede saber si hay dolo o imprudencia sin conocer su objeto de referencia (el hecho típico)¹². Al mismo tiempo, sólo el tipo objetivo es el que selecciona la falta de cuidado penalmente relevante de la irrelevante. Si un camarero mancha un mantel por servir descuidadamente la sopa, desde un punto de vista estrictamente subjetivo está siendo igual de descuidado que el que no respeta la distancia de seguridad con su coche. Sin embargo, sólo este último descuido puede llegar a ser penalmente relevante por ir referido a un hecho que es subsumible en un tipo penal (homicidio, lesiones).

¹⁰ En el Derecho penal alemán existe una idea similar en muchos autores: BINA VINCE, *Die vier Momente*, p. 126; BINDING, *Normen IV*, p. 341; ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 332 ss.; H. MAYER, *PG*, pp. 141 ss.

Se podría objetar a esta idea que mientras el art. 138 se refiere a matar a otro, el art. 142 se refiere a la causación de la muerte de otro por imprudencia. Pero yo no encuentro ninguna diferencia objetiva entre matar a otro y causar la muerte de otro como autor (con todos los requisitos objetivos de la autoría). En ambos casos es preciso crear un riesgo de muerte que se realiza en un resultado lesivo. Por otro lado, sería difícil argumentar que la estructura de imputación es distinta en el tipo de homicidio doloso que en el resto de los delitos puros de resultado dolosos, basándose sólo en el dato formal de que en éstos se hace una referencia a causar el resultado correspondiente y el legislador no ha decidido utilizar los términos lesionar o dañar.

¹¹ Vid., a título de ejemplo, la exposición correcta que lleva a cabo DIAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 336 ss. Primero analiza y determina la situación objetiva de peligro y posteriormente analiza y determina la imputación a título de dolo o imprudencia.

¹² MIR PUIG comienza el tratamiento de la tipicidad en su manual con una contradicción evidente: por un lado afirma que en el delito doloso « conviene a efectos analíticos empezar por su parte objetiva, puesto que ésta encierra el objeto que ha de ser abarcado por el dolo » (p. 228) como consecuencia de una idea que en mi opinión es correcta: « antes de preguntar si un hecho se ha realizado con dolo es preciso saber si efectivamente se ha realizado » (p. 228). Pese a esta declaración de principios, en el siguiente párrafo afirma que « la parte objetiva del tipo depende de elementos subjetivos como el conocimiento que tiene el sujeto de la situación - y, según nuestra opinión, de la intención manifestada del sujeto » (pp. 228 s.). La conclusión de MIR es que existe una clara interdependencia entre lo objetivo y lo subjetivo, tal y como ya había defendido en ADP 88, pp. 673 ss. (p. 229). Pero es imposible determinar lo que es objeto del dolo, si este objeto del dolo se ve, a su vez, determinado por el dolo del autor.

En consecuencia, no es posible una distinción entre dolo e imprudencia con base en el « tipo objetivo ». Para decidir la cuestión de si atropellar a alguien con un coche a 80 km/h supone un riesgo relevante para el tipo de homicidio es indiferente que ese riesgo se haya realizado de forma dolosa o imprudente.

El considerar que el delito imprudente implica una menor « peligrosidad objetiva » que el delito doloso sólo puede ser entendido si se prescinde de toda valoración *ex post facto* y se interpreta exclusivamente el hecho típico desde el punto de vista del autor¹³. Desde un punto de vista objetivo no existe ninguna diferencia, el riesgo es el mismo. No es posible afirmar que el dolo o la intención pueden aumentar la « peligrosidad objetiva » o probabilidad de lesión de la conducta¹⁴. El que un conductor se dirija con su coche a 80 km./h. hacia unos peatones que cruzan la calle sirviéndose de un paso de cebra y que se encuentran a 8 metros supone una modalidad desaprobada de conducta con independencia de que el conductor conozca o no toda esta serie de circunstancias. Evidentemente, para el que apunta con una pistola de pequeño calibre a otra persona que se encuentra muy lejos con el ánimo de matarle su hecho es más peligroso que para el que crea el mismo riesgo, pero limpiando una pistola de forma descuidada. Pero ello no tiene nada que ver con que

¹³ El mejor ejemplo en nuestra doctrina es la escuela de MIR PUIG que consideran que la tipicidad en los delitos de resultado se determina *ex ante* de acuerdo con criterios mixtos (objetivos-subjetivos): CORCOY, El delito imprudente, pp. 212 s., plantea una curiosa escala gradual de distinción entre supuestos dolosos e imprudentes; MIR PUIG, Función, pp. 74 ss.; el mismo, ADP 83, pp. 13 s.; el mismo, ADP 88, pp. 677 s.; el mismo, L-H H. KAUFMANN, p. 372; el mismo, PG, pp. 152 s., con más referencias, 247 s.; el mismo, Derecho penal, pp. 236 s.: « El desvalor objetivo de la conducta dirigida voluntariamente a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, o consciente de su significado de lesión o puesta en peligro, es distinto y mayor que el desvalor objetivo que corresponde a la conducta imprudente »; SILVA, Aproximación, pp. 388, 400. Estos autores consideran, en sentido contrario al texto, que el dolo incide en la gravedad de la conducta, hasta el punto de que la decisión sobre si una conducta tiene inicialmente relevancia penal depende de factores subjetivos (por ejemplo, la intención). En un sentido similar a estos autores, LUZON, Derecho Penal de la Circulación, p. 116; el mismo, PG, pp. 331, 390 s., 406 s., 412; PAREDES, Riesgo permitido, p. 390, nota 171; TORIO, ADP 86, pp. 39 s., 42.

El que la distinta peligrosidad en un supuesto y otro no puede ser la razón de que el delito doloso reciba una mayor pena que el imprudente es evidente si pensamos que el delito imprudente consumado tendrá en muchas ocasiones una pena inferior que la tentativa inidónea dolosa (ausencia de peligro). En realidad, el mayor reproche que se deduce de la acción realizada intencionadamente no tiene nada que ver con datos objetivos, sino con la « mayor peligrosidad del autor », al perseguir intencionadamente la lesión de un bien jurídico. La diferencia no se encuentra en el tipo objetivo (el riesgo creado es el mismo en ambos casos), sino en el tipo subjetivo (cfr. CUELLO CONTRERAS, ADP 91, pp. 808 s.). En este sentido, son atendibles las consideraciones de SCHÜNEMANN, Chengchi Law Review, p. 294, de que ante el mismo riesgo el Derecho penal puede renunciar a la responsabilidad por imprudencia mientras no renuncia a la responsabilidad por dolo.

Curiosamente, recientemente MIR, Conocimiento, p. 32., ha afirmado que « por muy elevado que sea el grado de riesgo objetivo, si el sujeto no lo ha advertido adecuadamente, no puede haber dolo ». De esta frase aislada parecería deducirse que MIR acepta una determinación objetiva del riesgo objetivo en la que no se tiene en cuenta el dolo o imprudencia del sujeto.

¹⁴ En el mismo sentido del texto, GIMBERNAT, Estudios, pp. 215 s. Aunque mantiene otra postura no coincidente con la del texto en ADP 90, pp. 429 s.

ese riesgo adquiriera o no relevancia para el tipo objetivo de homicidio o lesiones. Incluso, en muchas ocasiones, lo que realiza un autor imprudente (piénsese, por ejemplo, en una actuación descuidada en una central nuclear) puede ser más peligroso que lo que realiza un autor doloso (por ejemplo, querer atacar contra el presidente del gobierno en el congreso de los diputados con un cuchillo).

II. La imputación objetiva de riesgos

1. El concepto de riesgo es un concepto empírico, no normativo. En este sentido, JAKOBS ha definido el riesgo como un conjunto de condiciones que permiten explicar un suceso¹⁵. Desde el punto de vista que aquí nos interesa, se constata la existencia de un

¹⁵ ADP 89, p. 1953, nota 4 y PG, 7/72. Se parte, evidentemente, de un concepto de riesgo determinado *ex post* (una vez producido el resultado) de acuerdo con criterios objetivos (reglas científicas, empíricas o de validez general). Se trata de una visión objetiva del riesgo necesaria para que el tipo objetivo desempeñe su función de garantía.

CORCOY, Imputación, p. 46: « El aspecto subjetivo no puede fundamentar nunca un peligro, sino que únicamente delimita la parcela de éste que constituye riesgo típicamente relevante, mientras que el resto será riesgo permitido o tolerado ».

En la doctrina española se suele partir de teorías subjetivo-objetivas de peligro que tienen su origen en la teoría de la adecuación (vid. supra Cap. 1º IV). Desde visiones más subjetivas del injusto se parte, por tanto, de otra visión del concepto de riesgo o peligro. Así, por ejemplo, se puede encontrar otra definición de riesgo en CORCOY, El delito imprudente, p. 206. En la doctrina española se ha definido el riesgo como la probabilidad de lesión de un bien jurídico (DÍAZ PITA, El dolo eventual, pp. 222 s.; ESCRIBA, Puesta en peligro, pp. 17 ss.; SILVA, ADP 84, p. 371 y en una línea similar, GIMBERNAT, ADP 94, p. 39). Esta definición no es una definición incorrecta de riesgo o de peligro, sino que parte de una « teoría motivadora de las normas » que tiene en cuenta el suceso desde la perspectiva *ex ante* del autor (cfr. BOLEA, ADP 94, p. 379, que considera como MIR, CORCOY o SILVA que la perspectiva *ex post* sólo se puede tener en cuenta para imputar resultados). Por eso un sector importante de la doctrina necesita acudir a la probabilidad, como se viene haciendo desde los tiempos en los que la « teoría de la causalidad adecuada » era doctrina mayoritaria. Por ejemplo, DÍAZ PITA, El dolo eventual, pp. 225 s., considera que existe un peligro concreto « cuando las circunstancias que rodean a la acción indican la alta probabilidad de producción del resultado lesivo y cuando estas circunstancias son reconocidas y valoradas como peligrosas por parte del sujeto agente desde una perspectiva «ex ante» ».

Las teorías subjetivas del peligro (sobre éstas RGUEZ. MONTAÑES, Delitos de peligro, pp. 22 ss.) son teorías que parten de la visión personal de un suceso. Por ello no pueden tener relevancia para determinar el hecho descrito objetivamente por la norma. Estas teorías subjetivas del peligro están estrechamente relacionadas con la teoría del tipo subjetivo que se desarrollará en el Cap. 5º.

Una vez que en el marco del tipo objetivo he renunciado a una perspectiva *ex ante*, es necesario definir el riesgo desde una perspectiva objetiva de acuerdo con las leyes de la naturaleza y de la experiencia reconocidas en un momento histórico en una determinada sociedad. En el texto se intenta partir de una definición aséptica de riesgo y no de una definición valorativa de riesgo típico. Lo que debe hacer el dogmático es fundamentar porqué un concepto ontológico como el de riesgo pasa a ser relevante para el Derecho penal. Pero antes de valorar un riesgo como relevante o irrelevante para una norma penal es preciso partir de un concepto avalorativo de riesgo.

En la teoría de v. KRIES ya se encuentra la idea de que sólo se le puede imputar un resultado a una conducta que sea idónea o adecuada en general para producir el resultado típico. Por ello, toda « teoría de la imputación objetiva » tiene que tener en cuenta la « teoría de la causación adecuada » como una precursora. El problema de la « teoría de la adecuación » es que acabó sin distinguir claramente los problemas del tipo objetivo de las cuestiones puramente subjetivas. Se realizaba a la vez un juicio en el que se decidía si la conducta era objetivamente idónea y si era subjetivamente idónea o tenía que serlo para el autor. Este defecto fue heredado por la « teoría de la imputación objetiva ». Si se parte de una

riesgo cuando se dan un conjunto de condiciones suficientes para explicar una muerte, unas lesiones o unos daños de acuerdo con leyes científicas o de la experiencia intersubjetivamente reconocidas¹⁶. Por ejemplo, colocar un explosivo en un edificio habitado que se activa con un mando a distancia sin activar dicho mando no se puede entender como un riesgo de muerte, lesiones o daños ya que la experiencia y la ciencia nos indican que no es un método idóneo o apropiado para llegar a esos resultados. En este supuesto se da una tentativa inacabada porque se da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, pero no se llega a crear un riesgo. O, por ejemplo, darle una pistola a otro o inducirle a dañar no se puede entender como un riesgo relevante para los tipos puros de resultado. En el ámbito de la imprudencia, saltarse un semáforo en rojo o un stop no es crear un riesgo si no se encuentra otro participante en el tráfico en las inmediaciones. Dicho de forma gráfica, en estos casos tendríamos el tipo subjetivo del delito imprudente (falta de cuidado) pero faltaría el tipo objetivo que hace que esa falta de cuidado tenga relevancia penal, faltando no sólo el resultado sino ya la existencia de un riesgo. La determinación de lo que es un riesgo es una cuestión, pues, puramente naturalista de acuerdo con leyes de la naturaleza o de la experiencia reconocidas como válidas. Por el contrario, la imputación del riesgo a una persona es ya una cuestión puramente valorativa que depende de criterios normativos.

2. Para imputar un riesgo a una persona no es suficiente con que esa persona tenga la posibilidad de evitar una situación de peligro para un bien jurídico. Esa mera posibilidad psicofísica no hace que su conducta adquiera el significado de matar a otro o causarle una lesión¹⁷. Ello es evidente en el sentir popular y ha sido admitido desde siempre por parte de la doctrina y la Jurisprudencia. En la actualidad incluso es una exigencia del Derecho positivo, al deber distinguirse entre los requisitos objetivos del homicidio o las lesiones y los requisitos objetivos de la omisión del deber de socorro. En ciertos casos no se puede negar que existe un no salvamento doloso. Pero no se trata de

concepción del injusto en el que se mezclan cuestiones relacionadas con el tipo objetivo y el tipo subjetivo, es lógico utilizar un concepto de peligro o riesgo objetivo-subjetivo, en el que se realizan dos juicios a la vez. Si se distingue, como aquí se intenta, frente a la tradicional « teoría de la imputación objetiva », distinguir los requisitos de imputación relacionados con el tipo objetivo de los relacionados con el subjetivo, habrá que partir de un concepto objetivo de riesgo relacionado con el tipo objetivo y un concepto subjetivo de peligro (abstracto o concreto) relacionado con el tipo subjetivo.

S. T. S. de 29 de enero de 1993 (Pte. Díaz Palos): « Podemos afirmar, pues, que la acción agresiva del recurrente no puede considerarse intrínsecamente idónea para producir la muerte ».

¹⁶ FRISCH, Vorsatz, pp. 82 s.

¹⁷ LASCURAIN, Seguridad e higiene, p. 243: « De la mera posibilidad de realización de una actuación presumiblemente evitadora de un resultado no deseado por el ordenamiento no resulta un motivo suficiente para justificar la imposición de una norma de mandato cuya vulneración puede provocar la atribución del resultado al infractor ».

una realización dolosa de un tipo de resultado, sino que ese dolo es relevante para el Derecho penal desde otro punto de vista: los deberes generales de solidaridad recogidos en la parte especial del C. P. (arts. 195, 450, 618 s.). Los delitos de resultado suponen un *plus* de injusto frente a estos deberes genéricos de socorro o ayuda. Por ello sólo se puede imputar un riesgo típico de homicidio o lesiones a una persona si ésta tiene un dominio objetivo sobre ese riesgo. Es decir, se tienen que dar una serie de requisitos objetivos que fundamenten la imputación del riesgo más allá de la posibilidad psicofísica de evitar un hecho tipificado en una ley penal. En este sentido, se puede apreciar como siempre ha estado presente una « teoría de la imputación objetiva » en las distintas construcciones de la teoría jurídica del delito. Pero este dominio objetivo no se debe entender como un dominio fáctico sobre la causalidad. De lo contrario, nos veríamos abocados a construir una teoría de la imputación fenomenológica y, por tanto, arbitraria. En muchos casos de omisión del deber de socorro se tiene un auténtico dominio fáctico de la situación por razones puramente casuales. Por ello se debe determinar ese dominio objetivo sobre el riesgo de acuerdo con los criterios de imputación que nos ofrece el Derecho positivo. En este sentido, resulta de gran utilidad la idea de la « incumbencia » o « competencia » desarrollada por JAKOBS y expuesta en el primer capítulo. No todos tenemos que ver con todo. Por ello es preciso constatar siempre por parte del juzgador (aunque en la mayoría de los casos sea demasiado obvio y se haga de forma inconsciente) que el autor tiene una incumbencia preferente (aunque sea compartida como en los supuestos de coautoría) sobre el riesgo típico¹⁸. Es decir, para imputarle un riesgo a una persona, éste debe tener el dominio de dicho riesgo como autor (con los requisitos objetivos de la autoría). Es verdad que, como todos los principios informadores, esta idea necesita un posterior desarrollo. En el actual C. P. esta idea ha sido concretada de forma genérica para los delitos puros de resultado (« delitos que consisten en la producción de un resultado ») en el art. 11. Por tanto, esta problemática de todos los tipos puros de resultado ha de resolverse de acuerdo con las reglas de imputación recogidas en este artículo novedoso en nuestro Derecho positivo.

3. La imputación de un riesgo es evidente cuando alguien ha transformado el mundo en algo más inseguro para bienes jurídicos ajenos. La persona que tiene que ver con el origen de un riesgo no puede distanciarse del mismo diciendo que tiene la misma relación con ese riesgo que cualquier otra persona, y que por ello sólo le corresponden los mismos deberes de solidaridad frente a esa situación de mayor inseguridad que tiene cualquier otro ciudadano. Ello no es admisible. Desde las primeras formulaciones de la

¹⁸ Vid. *Supra* Cap. 1º XI.2.

teoría jurídica del delito es evidente que, en principio, un curso lesivo es incumbencia de aquél que lo crea con sus propias manos. Nadie duda de que cada uno es competente de sí mismo como cuerpo¹⁹. La creación del riesgo no tiene que consistir únicamente en « hacer surgir » o iniciar una serie de condiciones de resultado (o, si se quiere formular de otro modo, « el incremento acusable del riesgo base »²⁰ o riesgo general de la vida o el incremento de circunstancias de resultado que normalmente se dan en un contexto determinado o la « variación de las condiciones generales de la vida »²¹ o « la variación de las condiciones preexistentes »²²). Puede consistir también en dirigir un curso lesivo ya existente previamente hacia la víctima, interrumpir o desactivar un curso salvador²³ o introducir a la víctima en un curso lesivo ya en marcha. Es indiferente, a efectos de imputación, si se lleva el mal hasta la víctima, la víctima hasta el mal o se le impide a la víctima que salga de la zona de influencia del mal. Es absolutamente indiferente a la hora de imputar un riesgo si se da lugar a un alud o a una tromba de agua, se frustra la única vía de salvación que la víctima tenía a su disposición para salvarse, se cambia el curso de la tromba de agua dirigiéndolo hacia la víctima o se conduce a ésta hasta el agua o donde pueda ser arrollada por un alud. Los ejemplos con distintas variaciones por la creación de riesgos sirviéndose de procesos naturales que se pueden seguir ofreciendo son incontables: contagiar una enfermedad mediante una inyección, debilitar el sistema inmunológico de la víctima para dejarla indefensa ante cualquier enfermedad, evitar que un médico pueda atender a un enfermo o que éste pueda disponer de un medicamento, fomentar la extensión de una enfermedad ya existente o conducir a la víctima a una zona que está sufriendo los efectos devastadores de una epidemia.

¹⁹ -----
SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, p. 260.

²⁰ FRISCH, *Vorsatz*, pp. 119 ss., 159; el mismo, *Verhalten*, p. 127.

Por ello se niega la existencia del tipo objetivo cuando el riesgo se reduce en vez de incrementarse: FRISCH, *Vorsatz*, pp. 127, 159

²¹ FRISCH, *Verhalten*, p. 132.

²² FRISCH, *Verhalten*, pp. 132 ss.

²³ Sobre este concepto: ENGISCH, *Kausalität*, pp. 27 s.; FRISCH, *Verhalten*, p. 134; JAKOBS, *PG*, 7/22 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 90; PUPPE, *ZStW* 92, pp. 903 ss.; la misma, *NK*, antes de 13/98 ss.; RUDOLPHI, *SK*, antes de 1/43; SAMSON, *Kausalverläufe*, pp. 94 ss.; SILVA, *Omisión*, pp. 216 ss., en especial 227 ss., con una perspectiva distinta a la del texto; el mismo, *Comisión*, pp. 27 ss., en el mismo sentido que la obra anterior; STRATENWERTH, *PG*, nº marg. 224; STREE, *Schönke/Schröder*, antes de 13 ss./159, con más referencias.

Por ejemplo, el contagio del síndrome de inmunodeficiencia no supone más que la debilitación de un proceso salvador natural. O el problema de hacer creer al salvador que ya no es precisa su ayuda en un determinado suceso se trata de una creación desaprobada de un riesgo (sobre la polémica entre ROXIN y ARM. KAUFMANN y WELZEL, vid. ROXIN, *Täterschaft*, pp. 518 ss.).

Un ejemplo se puede encontrar en la S. T. S. de 21 de diciembre de 1977 (Pte. Hijas Palacios), en la que se retira a la víctima de un atropello del lugar donde ocurrió el mismo, impidiendo que sea recogida y reciba tratamiento médico. Otor ejemplo en la S. T. S. de 27 de marzo de 1990 (Pte. Moyna), en la que la creación del riesgo consiste en retirar un catéter de la vena cefálica del brazo por el que se transfundía sangre. Un buen ejemplo en el C. P. se puede encontrar en el art. 362.

4. La doctrina y la Jurisprudencia han ido apreciando como la incumbencia por el origen de un riesgo no puede depender de criterios fenomenológicos como « hacer » o « no hacer nada »²⁴. Se trata de un dato puramente casual porque depende de donde se encuentre casualmente el autor en un momento determinado. Por ejemplo, en la S. T. S. de 16 de mayo de 1988²⁵ la casualidad hace que el guardabarreras responda no por dejar alta la barrera (no hacer), sino por abrir la barrera a un automóvil cuando se acercaba un tranvía. En Alemania está cobrando auge una línea doctrinal que tiende hacia la desaparición o, al menos, hacia la difuminación de los límites clásicos entre comisión y omisión, especialmente en el ámbito del delito imprudente²⁶. Esto es lógico, ya que la delincuencia imprudente tiene mucho que ver en la práctica con la utilización de medios mecánicos y la explotación de tecnologías más o menos sofisticadas y esta evolución se debe primordialmente a los problemas que la tecnificación de la vida moderna y las nuevas formas de organización le plantean a las teorías clásicas del delito²⁷. VOLK²⁸ nos plantea un ejemplo, sencillo pero instructivo, en el que se muestra como la forma de organizarse internamente el ámbito de organización y responsabilidad de cada uno es algo que no afecta en absoluto al desvalor de un hecho: anteriormente un producto defectuoso era fruto de un mal trabajo; hoy, con la técnica, es consecuencia de una no intervención en el trabajo defectuoso de un robot industrial. Esta posición doctrinal es, en mi opinión, una consecuencia lógica de un acuerdo a que ha llegado un importante sector de la doctrina: es preciso concebir la acción jurídico-penalmente relevante en sentido amplio (englobadora de la omisión) desde un punto de vista normativo que se oriente teleológicamente de acuerdo con la función de las normas penales, olvidándonos de la acción como un hecho ontológico o naturalístico. La omisión penalmente relevante no se puede explicar ontológica o naturalísticamente, sino sólo con referencia a una norma²⁹.

²⁴ FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 19, nota 6, 39 ss., 51 ss., 68 ss., 79, 103, 176 s, con abundante bibliografía sobre el tema en general y supuestos concretos; FRISCH, Verhalten, pp. 132 s.; HÜWELS, Gesetzesvollzug, pp. 121 ss., en profundidad, 216; JAKOBS, PG, 6/35, 7/61, 28/14; el mismo, Tun und Unterlassen, pp. 19, 36 ss.; LESCH, Beihilfe, p. 260; PHILIPPS, Handlungsspielraum, pp. 140 ss.; REYES, ADP 92, p. 956; el mismo, Imputación, p. 296; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, p. 283, realiza una acercamiento a esta tesis; SEELMANN, JuS 87, passim, con gran variedad de ejemplos; el mismo, GA 89, p. 250; el mismo, AK, 13/22; STREE, Schönke/Schröder, antes de 13/160, con una serie de instructivos ejemplos que muestran lo absurdo de querer hacer depender la imputación de la distinción acción-omisión; TIMPE, Strafmilderungen, pp. 171 ss.; VOGEL, Norm, pp. 358 ss., 372 ss.; VOLK, Tröndle-FS, pp. 225, 237; WELP, Vorangegangenes Tun, pp. 114 ss.

²⁵ Pte. García Ancos.

²⁶ Vid. por todos, ROXIN, Engisch-FS, passim. Vid. las recientes consideraciones en nuestra literatura de GIMBERNAT, ADP 94, pp. 41 ss.

²⁷ FREUND, Erfolgsdelikt, p. 103; SEELMANN, AK, 13/23, con más referencias.

²⁸ Tröndle-FS, p. 225. GIMBERNAT, Estudios, pp. 186 s., nos ofrece gran cantidad de ejemplos entresacados de la vida cotidiana.

²⁹ HUERTA, CPC 82, passim. Cfr. la amplia relación bibliográfica que ofrece GIMBERNAT,

De esta manera no se resuelve el problema de la delimitación entre acción y omisión, sino que se le niega a tal diferenciación de corte naturalístico toda relevancia dentro de la teoría jurídica del delito. La imputación de un hecho con relevancia penal ya no depende de estos datos naturalísticos, sino de las reglas de imputación recogidas en las normas penales. Sólo tienen relevancia las reglas generales de imputación (como las del art. 11 C. P.) y la formulación de los tipos, pudiéndose, por tanto, imputar objetivamente un riesgo aunque el autor en el último momento se haya quedado de brazos cruzados sin desactivar, mitigar o planificar un riesgo creado por él. En mi opinión, alguien no mata o lesiona por actuar u omitir, sino por el hecho de que, de acuerdo con lo dispuesto en las normas penales, se le impute un riesgo de muerte, lesiones o daños³⁰. Todo ello sin negar que ontológicamente o desde un punto de vista naturalístico acción y omisión no son lo mismo³¹. Pero esta diferencia sólo puede afectar al tipo objetivo si se parte de una teoría avalorativa del tipo como la de RADBRUCH³² o BELING. Pero partiendo de una visión moderna del tipo ese dato ontológico-causalista carece de relevancia para imputarle la realización del tipo a una persona.

5. Resumiendo, todo el que crea un riesgo tiene que ocuparse de ese riesgo para que no perjudique a nadie³³ (la tradicional idea de la injerencia³⁴). Por ejemplo, todo el

Estudios, p. 185, nota 6.

³⁰ Opinión absolutamente minoritaria en los países de lengua alemana y España: DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 178; FREUND, *Erfolgssdelikt*, p. 13; JAKOBS, *ZStW* 89, pp. 7, 15; el mismo, *PG*, 7/4a.

³¹ RGUEZ. MOURULLO, *Omisión*, pp. 29 ss., en profundidad. En tiempos recientes, GRACIA, Comisión por omisión, ha insistido en esta idea desde una perspectiva finalista (de acuerdo con la posición de WELZEL y ARM. KAUFMANN en Alemania y CEREZO en España): « Ontológicamente la omisión es la no realización de una acción finalista determinada por quien tenía capacidad de realizarla en la situación concreta » (p. 82) o « la omisión es, en la esfera ontológica, la no realización de una acción finalista determinada por quien tiene capacidad de realizarla en la situación concreta » (p. 97).

³² *Handlungsbegriff*, pp. 140 ss. Sobre la tesis de este autor de que acción y omisión no son reconducibles a un concepto unitario de comportamiento (son a y no-a, causación y no causación) y los partidarios de la misma, GIMBERNAT, *Estudios*, pp. 197 ss. Sobre la teoría de la omisión en el marco del naturalismo-casualista, SILVA, *Omisión*, pp. 21 ss. Sobre la discusión que ha suscitado este problema en la literatura española: CEREZO, *PG*, pp. 290 ss.; GIMBERNAT, *Estudios*, pp. 182 ss., ampliamente; HUERTA, *CPC* 82, pp. 232 ss., con amplias referencias; MUÑOZ CONDE, *ADP* 91, p. 331.

³³ Por esa razón la doctrina y la Jurisprudencia consideran que existe una posición de garante por controlar determinadas fuentes de peligro. Vid. por todos, BACIGALUPO, *PG*, p. 263; GRACIA, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 81; HUERTA, *Delitos de omisión*, p. 82.

La S. T. S. de 12 de noviembre de 1990 (Pte. Soto) considera, por ejemplo, que los que tienen un pozo tienen que controlarlo: « La sociedad ha de confiar en que quien posee en su esfera de dominio una fuente de peligro, proceda de forma que tal amenaza latente no se traduzca por su reprochable omisión, en una realidad dañosa, incidiendo sobre la esfera jurídica de terceros ».

³⁴ La idea de la injerencia se encuentra recogida como criterio general de imputación en el apartado b) del art. 11 C. P., aunque su formulación no se excesivamente feliz. En el C. P. también se pueden encontrar concreciones de esta idea (art. 195, 3).

En profundidad, ARROYO, *Seguridad en el Trabajo*, pp. 150 ss.; BALDO, *Estado de necesidad*, pp.

que lanza un niño al aire tiene que recogerlo, todo el que corta un cordón umbilical tiene que atarlo para que el bebé no se desangre³⁵, el que enciende un fuego tiene que tenerlo controlado y apagarlo³⁶, todo el que abre un foso tiene que vigilarlo mientras esté abierto y volverlo a cerrar, el que rompe una tubería de gas debe evitar que otras personas se vean afectadas por la emanación³⁷, el que introduce compresas y gasas en el cuerpo de un paciente durante una operación no puede dejarlas dentro al finalizar ésta³⁸, todo el que deja en una situación de peligro a una persona tiene que conjurarla³⁹, etc. Es también evidente que el conductor tiene que controlar su automóvil, y es indiferente a efectos de «

53 ss.; JAKOBS, *Tun und Unterlassen*, p. 22; LASCURAIN, *Seguridad e higiene*, pp. 244 s.; el mismo, *Deber de garantía del empresario*, p. 212.

Crítico con la idea de injerencia dentro de una interesante línea doctrinal en nuestra literatura, GRACIA, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pp. 81 s.

En contra de la idea de injerencia en la doctrina alemana, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, pp. 290 ss., 313 ss.; el mismo, *GA* 74, pp. 231 ss.; el mismo, *ZStW* 96, pp. 308 s., en cuanto no se acomoda a su esquema de equiparación con la comisión del « dominio actual sobre el fundamento del resultado » (*Unternehmenskriminalität*, p. 88 con referencias a su obra anterior). De acuerdo con SCHÜNEMANN, SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, pp. 318 ss. En contra también de la idea de injerencia, con posterioridad, BRAMMSEN, *Entstehungsvoraussetzungen*, pp. 274 s., 284 ss. y OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 85, pp. 648 ss., aunque con otra fundamentación: consideran que muchos de los supuestos de injerencia no son penalmente relevantes porque son supuestos de *dolus subsequens*. BRAMMSEN intenta demostrar que la injerencia no tiene su fundamento en la omisión, sino en la comisión.

La posición de estos autores aplicada a un caso concreto, el rechazo de que el denominado denominado « deber de llamada » cuando se descubre los defectos de un producto sea relevante a efectos penales para fundamentar una responsabilidad por el producto (en profundidad, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, pp. 99 ss.) ha sido expresamente rechazada por el BGH 37, pp. 119 s. (« caso del spray para cuero ») y posteriormente por la doctrina (cfr. HILGENDORF, *Produzentenhaftung*, p. 144; JESCHECK, *LK*, 13/33; KUHLEN, *NSiZ* 90, pp. 567 ss.; RUDOLPHI, *SK*, 13/28, 40 c). SCHÜNEMANN, *Delitos de omisión*, pp. 19 ss., insiste en su idea, criticando esta sentencia.

En contra de estos autores y a favor de la responsabilidad por injerencia, entre otros, HERZBERG, *Unterlassung*, pp. 288 ss.; el mismo, *Verantwortung*, pp. 245 ss.; HÜWELS, *Gesetzesvollzug*, pp. 68 ss., con más referencias; SERRANO, *CPC* 93, p. 832, con más referencias; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 217.

En la doctrina española la idea de injerencia tiene una oposición más radical que en la doctrina alemana (vid. por todos, GRACIA, *Comisión por omisión*, p. 93, con abundantes referencias).

La injerencia ha sido reconocida como fundamento de la imputación de riesgos y resultados en las SS. T. S. de 25 de abril de 1988 (Pte. Bacigalupo): « Una correcta valoración jurídica de los hechos debería, en realidad, haber considerado que el fundamento de la responsabilidad del recurrente respecto de la muerte ocasionada no es su comportamiento activo, sino la omisión de impedir el resultado para el cual había creado con su hecho anterior el peligro de su producción [...] No cabe duda, en primer lugar, que el recurrente creó el peligro antijurídico al arrojar el colchón hacia el lugar en el que sabía que se podía encontrar la víctima. Por lo tanto, cuando se percató de que el peligro había tenido comienzo de concreción se encontraba en posición de garante fundado en su hecho anterior y, consecuentemente, estaba obligado a actuar para impedir el resultado »; 28 de enero de 1994 (Pte. Granados).

Nuestro T. S. en la S. de 23 de abril de 1992 (Pte. Bacigalupo) ha asumido el « deber de llamada » de los productores con base en esta idea de la injerencia.

³⁵ SS. T. S. de 12 de junio de 1957 (Pte. García Gómez); 9 de mayo de 1966 (Pte. García Obeso); 3 de junio de 1969 (Pte. Escudero); 28 de junio de 1980 (Pte. Vivas); 28 de marzo de 1989 (Pte. Puerta); 31 de marzo de 1993 (Pte. Mtnz.-Pereda).

³⁶ S. T. S. de 25 de septiembre de 1970 (Pte. Escudero); 12 de mayo de 1986 (Pte. Montero).

³⁷ S. T. S. de 19 de enero de 1965 (Pte. García Obeso).

³⁸ SS. T. S. de 5 de marzo de 1965 (Pte. Casas); 17 de noviembre de 1987 (Pte. Moner).

³⁹ S. T. S. de 30 de junio de 1993 (Pte. Ruiz Vadillo).

imputación objetiva » si atropella a un peatón por acelerar demasiado o por no frenar en el momento que es necesario⁴⁰. *A sensu contrario*, si el mundo es más peligroso en un

⁴⁰ Desde la aportación de NAGLER (GS, 111, *passim*) la problemática de las posiciones de garante tiene que ver con los problemas de legitimidad del *ius puniendi* estatal. Se acude al instituto de las posiciones de garante en los supuestos de imputación de riesgos más difíciles: cuando se imputa el riesgo aunque el autor no se encuentre directamente vinculado por un movimiento corporal. En profundidad, sobre los fundamentos jurídico-filosóficos de la imputación por omisión y la evolución de esta cuestión, JAKOBS, Tun und Unterlassen, pp. 7 ss.

Así, por ejemplo, se pueden apreciar las dificultades de la Jurisprudencia con ciertos tipos penales en la siguiente S. T. S. de 10 de abril de 1981 (Pte. Latour): « dificultades que explican que una primera y antigua sentencia de esta Sala (de 10 de abril de 1874) declarara que aquellos delitos que, como el asesinato, exigen acción, por su índole y naturaleza, no pueden cometerse más que por actos positivos y nunca por omisión; posición bien pronto rectificada en la misma centuria pasada, cuando se admite sin ambages el parricidio por omisión (sentencia de 12 de febrero de 1892), y que ya se prosigue de acuerdo con la distinción entre simples delitos de omisión y de comisión por omisión (sentencias de 19 de febrero de 1935, 19 de octubre de 1943, 30 de enero de 1945), favorecida, por otra parte, gracias a la creación de los delitos omisivos de los artículos 338 bis y 489 bis del Código penal introducidos por la reforma de 17 de julio de 1951 (sentencias de 27 de diciembre de 1954, 25 de enero de 1958, 12 de febrero de 1958 y otras) ».

Estas dificultades en la legitimidad del desvalor se repitieron ya en este siglo cuando la Jurisprudencia se planteó la posibilidad de fundamentar la complicidad omisiva. Así lo resume esta misma sentencia de 1981: « en la mentada línea de progresiva evolución el último escollo salvado por la jurisprudencia fue el de la admisión de la complicidad omisiva, negada en una primera etapa, apoyada en la doctrina tradicional (sentencias de 13 de julio de 1879, 12 de diciembre de 1929 y 19 de febrero de 1935, entre otras), con el especioso argumento de que el término actos empleado en el artículo 16 del Código penal, definidor de la complicidad, era incompatible con el « non facere » propio de la omisión, sin reparar que también se menciona el « acto » en el número tercero del artículo 14 del Código, sin que por ello se niegue la posibilidad de la coautoría omisiva de dicho número y, sobre todo, que la palabra en cuestión se emplea en un sentido vulgar, equivalente de « conducta », la cual tanto puede ser activa como pasiva, de acuerdo con la dogmática definición del artículo 1º del Código, de suerte que admitida la cooperación necesaria por omisión (sentencia de 30 de enero de 1945), esta Sala admitió finalmente la posibilidad de la complicidad omisiva (sentencia de 12 de febrero de 1958 y, sobre todo, la de 8 de febrero de 1964) ».

Como ha señalado la S. T. S. de 21 de abril de 1989 (Pte. Moyna), a partir de las sentencias de 10 de abril de 1981 y 31 de enero de 1986 se acepta sin reparos tanto la cooperación necesaria como la complicidad omisiva.

Sin embargo, posteriormente, en la S. T. S. de 31 de octubre de 1991 (Pte. Martínez-Pereda) se incide en las dificultades que ha tenido nuestro tribunal de casación para admitir la posibilidad de participación omisiva: « La participación omisiva, tanto para las infracciones dolosas como para las culposas, viene siendo admitida por la doctrina científica, aunque no pacíficamente, e incluso aparece recogida en diversos Códigos penales extranjeros. La doctrina de esta Sala, ya desde antiguo, ha admitido la participación omisiva en una afieja S. 17-2-1877, referida a un delito de incendio, aunque otros fallos posteriores, como las de 19-2-1935 (R. 1935, 396) y 19-10-1943 (R. 1943, 1078), lo negaron respectivamente para la complicidad y en la actitud pasiva de amiga. Sin embargo, la posterior de 30-1-1945 (R. 1945, 109) declaró responsable al padre de una menor, en presencia del cual y con su conocimiento y tácito consentimiento, se concertó un tercero con su hija para realizar un delito de robo, no existiendo contradicción entre esta resolución y la precedente, porque en esta última existía un deber jurídico de obrar, nacido de la relación paternofilial y de la patria potestad que no se producía en relación con la amiga. Se vuelve a admitir en algunos casos, como el de la S. 24-5-1962, pero ya las más recientes de 10-4-1981 (R. 1981, 1624), 10-12-1982 (R. 1982, 7398), 28-10-1983 (R. 1983, 4808) y 30-10-1984 (R. 1984, 5112), admitieron tal participación ». Sobre « la participación por omisión en la jurisprudencia reciente del T S », cfr. LUZON PENA, Estudios, pp. 227 ss. y DEL RIO, Participación por omisión, *passim*, ambos en profundidad.

En esta recopilación de sentencias se puede observar como la práctica precisa acudir a las posiciones de garante para extender la responsabilidad penal a supuestos en los que lo más racional parece ser admitir que hay que imputar un riesgo, pero éste no se puede reconducir de forma directa a un movimiento corporal. La realización de un tipo es mucho más gráfica y, por tanto, menos necesitada de fundamentación en los supuestos en los que el riesgo tiene estrecha relación con « las manos » del autor (instalar una bomba,

clavar un cuchillo en el abdomen, tirar una piedra a la cabeza, etc.). En mi opinión, por esa razón se ha buscado la legitimación de la comisión por omisión en la equivalencia típica con la comisión. Esta equivalencia viene dada por razones históricas: los delitos de comisión tienen un tratamiento mucho más antiguo que los de omisión. Por ello, debido a que aquéllos no suscitaban mayores problemas de legitimación, se ha buscado siempre una legitimación equivalente. En estas páginas no me es posible entrar a considerar la idea de JAKOBS (al respecto, Supra Cap. 1º XI.2) de que en los delitos comisivos también existe una posición de garante. Esta idea no aporta ninguna perspectiva decisiva a la cuestión de la relación entre resultado lesivo e imprudencia.

Sobre las posiciones de garante en la Jurisprudencia, ALASTUEY, ADP 92, p. 1020; C. MIR PUIG, Posición de garante, pp. 261 ss. Sobre los fundamentos de la posición de garante en la Jurisprudencia del siglo pasado y de principios de este siglo, ya abandonados, RGUEZ. MOURULLO, Omisión, p. 117. Además, SS. T. S. de 10 de abril de 1981 (Pte. Latour); 17 de febrero de 1982 (Pte. Castro); 18 de marzo de 1982 (Pte. Latour); 28 de octubre de 1983 (Pte. Latour); 30 de octubre de 1984 (Pte. de Vega); 21 de abril de 1989 (Pte. Moyna); 24 de octubre de 1990 (Pte. Bacigalupo); 22 de junio de 1991 (Pte. Puerta); 8 de julio de 1991 (Pte. Ruiz Vadillo); 31 de octubre de 1991 (Pte. Mtnéz.-Pereda); 18 de noviembre de 1991 (Pte. de Vega); 28 de enero de 1994 (Pte. Granados); 26 de marzo de 1994 (Pte. Bacigalupo).

Hay que destacar que en la doctrina española la fundamentación de la comisión por omisión en la posición de garantía no está exenta de críticas. Pero la cuestión es la misma: ¿Cuándo equiparar el omitir al hacer? Sobre esta posición doctrinal crítica, DIAZ, PJ, pp. 208 ss. y GRACIA, Comisión por omisión, pp. 69 ss. (en pp. 82 ss. expone su propia posición y la compara con el resto de autores que comparten su posición minoritaria) y Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, pp. 76 ss. (78 ss.), recogiendo exhaustivamente ambos las posiciones de otros autores como GIMBERNAT, LUZON y SILVA. En el texto, obviamente se parte de la posición contraria, siendo válidas las siguientes palabras de BACIGALUPO, « Ayuda omisiva », p. 32: « La tesis que pretende prescindir de la posición de garante es, en realidad, producto de un erróneo planteamiento del problema: no se trata de excluir la posición de garante, sino de limitarla a ciertos casos, pero sin una adecuada fundamentación de la misma ». Los límites se han planteado en la doctrina española en los siguientes términos:

a) GIMBERNAT, DIAZ, LUZON PEÑA: La omisión deber crear o aumentar el riesgo para el bien jurídico. En mi opinión, ninguna omisión crea o aumenta un riesgo, sino que no evita un riesgo existente o que va a existir. Además, desde este punto de vista no existe ninguna diferencia con la omisión pura. En realidad, se está haciendo referencia a criterio normativos que equiparan la no evitación del riesgo a su creación. Por ello no sirve este criterio de identidad entre acción y omisión. No puede fundamentarse la comisión por omisión como un *plus* de injusto frente a la omisión simple sin hacer referencia a la posición de garantía. La posición de garantía no es un requisito suficiente pero sí necesario para el tipo de comisión por omisión. A partir de esta idea se han desarrollado nuevos límites a las posiciones de garantía:

b) SILVA: identidad estructural sobre la base de posiciones cualificadas de garantía construidas a partir del compromiso específico del garante de constituir una auténtica barrera de contención de riesgos determinados. SILVA ya insiste en la idea de que sólo se puede ser garante de riesgos específicos, buscando límites a las posiciones de garantía. Ese compromiso específico diferencia las omisiones puras cualificadas (omisiones de garante en las que existe una posición genérica de garante) y la comisión por omisión (posiciones cualificadas de garantía). En mi opinión, este criterio de SILVA peca de demasiado fáctico y fenomenológico y, por ello, conduce a criterios de imputación casuales. El fundamento y los criterios de limitación de la posición de garantía deben tener más en cuenta los criterios sociales de delimitación de ámbitos de responsabilidad. Además, es dudoso que la injerencia pueda tener así un fundamento, cuestión que es obligada teniendo en cuenta la redacción del art. 11 C. P.

c) Por ello parece más evolucionado el criterio de GRACIA: relación de dominio social y sobre la causa fundamental del resultado, entendiendo dominio social como el conjunto de condiciones, acotadas por el tipo de injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o una clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio finalista del hecho típico. Este autor considera que « sólo si un sujeto posee la capacidad de acción de dominio de la causa fundamental del resultado y, además, asume mediante un acto personal ese dominio de un modo efectivo se sitúa en la posición específica de garantía del tipo de comisión por omisión y podrá ser su omisión idéntica a la realización del tipo mediante una acción positiva ». GRACIA parte de una posición similar a la de SILVA, pero considera que « es preciso introducir, no obstante, algunos elementos nuevos de concreción » (Comisión por omisión, p. 80 y Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, pp. 78 ss.). En mi opinión, la posición de GRACIA sigue siendo demasiado fenomenológica, lo que le conduce a establecer diferencias que carecen de un sustrato valorativo que las justifique. Así, por ejemplo, cree que no se puede fundamentar la posición de garantía « en un

ámbito que no es competencia de una persona, no se le puede imputar un riesgo.

6. La vida social es extremadamente compleja. Por ello, en ciertas ocasiones ciertas personas no se pueden distanciar de un riesgo aunque no tengan que ver con su origen. Ello ha sido siempre evidente cuando una persona asume frente al creador del riesgo la tarea de controlar total o parcialmente el riesgo creado por él⁴¹. Un ejemplo prototípico es el del guardabarreras que no tiene más relación con los riesgos propios del transporte por ferrocarril que el control del riesgo en un punto⁴². Pero existen otros supuestos como los

momento anterior al de la producción de la situación de peligro para el bien jurídico ». (Comisión por omisión, p. 86 y Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 79). Según este autor « la mera asunción de una función de protección del bien jurídico antes de que se haya producido la situación de peligro no puede determinar una dependencia del bien jurídico con respecto a una decisión del sujeto de no realizar la acción ». Por ello excluye del tipo de comisión por omisión « todos los supuestos en que la garantía que haya asumido el sujeto se extiende a la protección de bienes jurídicos frente a situaciones de peligro de posible producción en el futuro, es decir, no existentes de un modo real en el momento en que el sujeto asume esa posición de garantía » (Comisión por omisión, p. 88 y Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 80). Es decir, desaparecen las posiciones de garantía más tradicionales: cuidado de menores de edad o enajenados y asunción de tareas de protección (guardaespaldas, socorrista de la playa). En palabras de GRACIA, « estas situaciones genéricas de garantía no pueden fundamentar la comisión por omisión » (Comisión por omisión, p. 89 y Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 81). Esta diferenciación fenomenológica produce diferencias prácticas poco justificables. Así, por ejemplo, sólo se le imputa el resultado al socorrista que se acerca a la persona que se ahoga pero al final no hace nada o al alpinista que empieza a ayudar a su compañero y después le abandona. Si el socorrista no hace nada observando la situación de peligro de lejos y el alpinista ni siquiera empieza a socorrer a su compañero, sólo realizarán un tipo de omisión simple. Pero la siguiente pregunta se muestra evidente, ¿ Porqué el « movimiento corporal » o el inicio de la ayuda fundamentan la imputación del resultado ? ¿Cuál es la diferencia con otras personas que se acercan a la persona que se ahoga o alpinistas que ayudan a personas que se encuentran casualmente ? Tiene razón GRACIA al señalar que en algunos casos « la asunción efectiva del ejercicio de una actividad de salvamento genera una confianza en el necesitado y/o en terceros y ello provoca que no se pongan en práctica otras medidas de protección » (Comisión por omisión, p. 90, nota 137). Pero ese fundamento es válido para todas las personas, también para las que no tienen una « posición genérica de garante ». En estos casos el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la creación de un riesgo mediante la interrupción de un proceso salvador. Pero GRACIA no explica porqué el garante que inicia el cumplimiento de sus deberes y posteriormente desiste de seguir adelante con su comportamiento correcto responde por el resultado y, sin embargo, aquél que ni siquiera inicia el comportamiento debido es digno de una pena muy inferior.

Además, GRACIA, al igual que SCHÜNEMANN, tiene que rechazar que se pueda fundamentar la posición de garantía en el actuar precedente mismo (injerencia) (Comisión por omisión, p. 93 y Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 81). Esta solución es incompatible con el Derecho positivo.

En mi opinión, la comisión por omisión exige que se tenga una posición de garantía que equipare el no impedir un riesgo a crearlo « de propia mano ». Con respecto a la fundamentación de estas posiciones de garante se debe ser muy cuidadoso. En el texto se realiza un boceto en este sentido. De todas maneras, la posición de garantía no es un requisito suficiente para imputar un resultado a un garante. Existen los mismos requisitos objetivos y subjetivos (dolo e imprudencia) que en delito de comisión. Estos requisitos serán desarrollados a lo largo de este trabajo. Por tanto, todo lo que se diga con respecto a los límites de la imputación es válido para la comisión y la omisión. La posición de garantía sólo hace que, en principio un riesgo sea objetivamente imputable a una persona, como si ésta lo hubiera creado con sus propias manos.

⁴¹ LASCURAIN, Seguridad e higiene, p. 246: « El aceptante incorpora así libremente a su círculo competencial una determinada actividad de aseguramiento y salvación; su no realización o su incorrecta realización puede percibirse como un ejercicio extralimitado de su libertad que posibilita la atribución del resultado acaecido ».

⁴² Sobre la responsabilidad por homicidio y lesiones imprudentes de los guardabarreras: SS. T. S. de

jefes de estación que deben avisar a los guardabarreras⁴³, los factores de circulación que deben controlar los cambios de vías en las estaciones⁴⁴, los Jefes de Sección de instalaciones fijas que deben velar por el estado de los pasos a nivel, para facilitar que se pueda atravesar la vía férrea con rapidez⁴⁵, los diversos encargados de la construcción, inspección, vigilancia, custodia, reparación y conservación de líneas eléctricas⁴⁶ o los servicios de mantenimiento y conservación de ascensores, elevadores o montacargas⁴⁷.

El fundamento legal de esta modalidad de imputación del riesgo se encuentra en el apartado b) del art. 11 C. P., al existir una específica obligación contractual de actuar. Aunque la posición de garante no depende formalmente de la existencia de una obligación contractual válida civil o laboralmente, sino de la efectiva asunción de una función de control o evitación del riesgo. Por ejemplo, como ha puesto en evidencia la doctrina, lo decisivo no es la existencia de una delegación formal o aparente (que exista « un hombre de paja » o « un cabeza de turco »). Para que exista una imputación del riesgo es preciso que la capacidad organizativa (medios, poder de decisión, etc.) sean asumidos de forma real y efectiva⁴⁸. Todo dominio de riesgos que no es efectivamente delegado continúa siendo imputable al que crea el riesgo⁴⁹. Dicho de manera gráfica, los « huecos aparentes

8 de abril de 1929; 2 de abril de 1932; 27 de junio de 1932; 22 de septiembre de 1934; 16 de octubre de 1946; 5 de julio de 1948; 8 de mayo de 1952 (Pte. Castejón); 20 de diciembre de 1955 (Pte. Rguez. de Celestino); 22 de junio de 1962 (Pte. Codesido); 25 de abril de 1964 (Pte. García Obeso); 9 de mayo de 1966 (Pte. García Gómez); 19 de octubre de 1967 (Pte. García Tenorio); 20 de diciembre de 1967 (Pte. Pera); 3 de mayo de 1968 (Pte. Casas); 6 de octubre de 1969 (Pte. Glez. Díaz); 23 de febrero de 1970 (Pte. Escudero); 1 de julio de 1971 (Pte. Espinosa); 27 de octubre de 1972 (Pte. García Tenorio); 2 de marzo de 1977 (Pte. Castro); 24 de enero de 1981 (Pte. Gil); 13 de junio de 1981 (Pte. Castro); 22 de abril de 1982 (Pte. García Miguel); 16 de mayo de 1988 (Pte. García Ancos).

En Alemania la doctrina mayoritaria considera que no existen dudas con respecto a la posición de garante del guardabarreras: vid. por todos, OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, con abundantes referencias.

⁴³ S. T. S. de 26 de marzo de 1990 (Pte. Huerta).

⁴⁴ S. T. S. 11 de mayo de 1968 (Pte. Espinosa).

⁴⁵ S. T. S. de 14 de junio de 1969 (Pte. Glez. Díaz).

⁴⁶ SS. T. S. de 26 de enero de 1910; 28 de diciembre de 1927; 6 de febrero de 1948; 15 de marzo de 1948; 9 de mayo de 1951 (Pte. Castejón); 20 de diciembre de 1955 (Pte. Díaz Plá); 20 de diciembre de 1961 (Pte. Codesido); 25 de octubre de 1962 (Pte. Díez); 17 de diciembre de 1962 (Pte. Castejón); 2 de abril de 1964 (Pte. Glez. Díaz); 5 de noviembre de 1964 (Pte. Codesido); 3 de junio de 1965 (Pte. García Obeso); 10 de febrero de 1967 (Pte. Espinosa); 12 de mayo de 1967 (Pte. Cid); 12 de diciembre de 1967 (Pte. García Tenorio); 7 de octubre de 1969 (Pte. Glez. Díaz); 14 de noviembre de 1972 (Pte. Espinosa); 17 de diciembre de 1974 (Pte. Vivas); 2 de marzo de 1979 (Pte. García Miguel); 5 de diciembre de 1979 (Pte. García Miguel); 17 de febrero de 1982 (Pte. Castro).

⁴⁷ S. T. S. de 1 de junio de 1956 (Pte. Castejón).

⁴⁸ ARROYO, Seguridad en el Trabajo, pp. 169 ss.

⁴⁹ ARROYO, Seguridad en el Trabajo, pp. 210 ss.; LASCURAIN, Seguridad e higiene, pp. 269 s.; el mismo, Deber de garantía del empresario, pp. 219 s.; RUDOLPHI, Lackner-FS, p. 875. LASCURAIN señala los siguientes datos para constatar una delegación efectiva:

a) Poder de influencia material: instrumental, capacidad financiera o facultades de paralización de la actividad peligrosa.

b) Poder de dirección personal: competencias de dirección que implican la impartición de directrices y, en su caso, la posibilidad de establecer nuevas delegaciones.

c) Información: el delegado debe recibir la formación e información necesarias para observar la función

de responsabilidad » son también cosa de éste⁵⁰.

Lo mismo sucede cuando alguien tiene en su esfera de dominio o señorío cosas peligrosas, no por delegación sino por cualquier otro tipo de enajenación o título (compraventa, donación, arrendamiento, etc.). Esto es así ya que los ciudadanos no sólo disponen como esfera propia en sentido jurídico de su cuerpo (no hay más que contemplar el catálogo constitucional de derechos fundamentales y libertades públicas que configuran la personalidad). Cada persona suele hacerse cargo de ámbitos dentro de la vida social (dispone de un hogar, tiene un patrimonio o un dominio sobre cosas⁵¹, conduce un coche, tiene un puesto de trabajo, etc.). Así, por ejemplo, el que compra un perro asume también la responsabilidad sobre los riesgos y resultados que produzca el animal⁵². Incluso aunque el dominio sobre la cosa tenga un origen antijurídico (robo de un perro)⁵³. Así, pues, las personas que organizan esas « esferas sociales de señorío »⁵⁴ tienen la competencia de que a partir de su ámbito el mundo no se convierta en algo más peligroso de lo necesario⁵⁵.

7. Más compleja resulta la imputación de un riesgo cuando no se tiene relación con su origen ni se asume total o parcialmente la posición jurídica de otra persona que sí ha creado ese riesgo o tiene una responsabilidad de control y vigilancia sobre el mismo. Son supuestos que tradicionalmente se han descrito funcionalmente como posiciones de garante en virtud de una especial posición de protección frente a un determinado bien jurídico⁵⁶. Ciertas personas tienen la obligación de que ciertos riesgos no alcancen a

que de él se pretende y que se referirán a los procesos de riesgo que puedan surgir en el ámbito delegado y a los medios para su control.

Vid., a título de ejemplo, los siguientes casos de delegación efectiva que exonera de responsabilidad penal al delegante: SS. T. S. de 14 de junio de 1968 (Pte. Casas); 14 de junio de 1976 (Pte. Hijas).

⁵⁰ RUDOLPHI, Lackner-FS, p. 870. En el mismo sentido, ARROYO, Seguridad en el Trabajo, pp. 210 ss.; LASCURAIN, Seguridad e higiene, p. 270; el mismo, Deber de garantía del empresario, p. 220.

⁵¹ SCHÜNEMANN, Chengchi Law Review, pp. 260 s.

SS. T. S. de 14 de junio de 1968 (Pte. Casas); 24 de abril de 1969 (Pte. Sáez); 10 de mayo de 1969 (Pte. Cid); 12 de noviembre de 1990 (Pte. Soto).

⁵² Sobre las posiciones de garante basada en la tenencia de animales: BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, pp. 244 ss.; FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 162 ss.; HRUSCHKA, Strafrecht, pp. 118 ss.; OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, p. 600; REYES, Imputación, p. 187, nota 56; RUDOLPHI, SK, 13/27, con más referencias y abundantes ejemplos.

Nuestro T. S. ha afirmado en numerosas sentencias la posición de garante de los poseedores de animales: 19 de octubre de 1887 (perro); 23 de diciembre de 1887 (perro); 16 de marzo de 1929 (borrico que muerde); 19 de junio de 1935 (mono que muerde); 28 de septiembre de 1956 (perros) (Pte. Parera); 11 de octubre de 1961 (reses bravas) (Pte. Díez); 10 de febrero de 1965 (toro) (Pte. Blanco); 24 de abril de 1969 (vacas que irrumpen en una carretera) (Pte. Espinosa); 17 de mayo de 1988 (perros) (Pte. Moyna).

⁵³ RUDOLPHI, SK, 13/27 ss., con más referencias.

⁵⁴ RGUEZ. MOURULLO, PG, p. 312.

⁵⁵ JAKOBS, Tun und Unterlassen, p. 21; LASCURAIN, Seguridad e higiene, pp. 245 s.; el mismo, Deber de garantía del empresario, p. 213; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 582 s.

⁵⁶ Vid. por todos, HUERTA, Delitos de omisión, p. 82.

determinados sujetos o bienes. La falta de actuación de esas personas especialmente obligadas con respecto a un bien jurídico convierte el mundo en algo más inseguro para los sujetos y bienes que se deben proteger. Sería absurdo que el Derecho penal obviara dichas relaciones jurídicas especiales y trasladara la responsabilidad de estas personas al ámbito de los delitos de omisión simple. Son supuestos en los que alguien se hace cargo de un ámbito que no se puede definir como privativamente suyo (por ejemplo, padres o tutores) y que conlleva una actuación en beneficio de ciertos sujetos que se encuentran en una especial « situación de debilidad o desprotección ». El especialmente obligado pasa a tener una competencia preferente en ese ámbito que podemos calificar como « débil »⁵⁷. Ocupa un papel especialmente solidario⁵⁸ como proceso salvador frente a determinados riesgos que hace que el no desempeñar tal tarea se entienda como matar, lesionar o dañar. En palabras de SILVA, el garante actúa en estos casos como « barrera de contención »⁵⁹. Por poner un ejemplo gráfico, equivalen socialmente al sistema de circulación sanguínea o a los pulmones para el cuerpo humano o el papel de los diques holandeses frente al mar. El desvalor para el especialmente obligado que no lanza un salvavidas para salvar la vida de su protegido que se está ahogando es equivalente al de la persona que retira un salvavidas que podría haber salvado la vida de una persona. No se puede dudar que existen ciertos vínculos normativos que establecen unas relaciones distintas a las que tenemos todos frente a todos. Y el C. P. no ha obviado esta realidad como se puede comprobar en el apartado a) del art. 11.

Estas personas especialmente obligadas han de evitar ciertos riesgos aunque no tengan nada que ver con su creación. Las expectativas garantizadas penalmente no radican únicamente en no lesionar sino en que el garante, de acuerdo con las circunstancias, va a evitar o aminorar en la medida de lo posible las consecuencias nocivas de un riesgo aunque no tenga nada que ver con su origen. Por ejemplo, los padres tienen que atender a la salud de sus hijos menores de edad, aunque no tengan ninguna relación directa con el origen de la enfermedad que sufren. Es indiferente si el riesgo que se debe paliar, mitigar

⁵⁷ FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 273 ss. El C. P. protege esta competencia preferente con delitos como el quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio (arts. 223 ss.) o el abandono de menores o incapaces (arts. 229 ss.).

⁵⁸ BALDO, Estado de necesidad, pp. 57 ss., en profundidad sobre estos « deberes especiales de amparo activo ».

⁵⁹ Omisión, p. 371, La Ley 87, p. 956 y CPC 89, pp. 376 s. Vid. también BALDO, Estado de necesidad, pp. 54 s., nota 62; GRACIA, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, pp. 83 s.; el mismo, Comisión por omisión, pp. 77 s., 98 s.

No estoy de acuerdo con GIMBERNAT, ADP 94, pp. 54 s., en su pretensión de reducir la comisión por omisión a « los supuestos de vigilancia de un foco de peligro preexistente ». El niño pequeño que es incapaz de alimentarse no debe ser vigilado porque sea un foco de peligro, sino porque es un « foco de desprotección » que necesita medidas de auxilio exógenas.

o evitar tiene su origen en un suceso natural, una tercera persona o, incluso, en ciertos casos, la misma persona protegida. El único fundamento de este deber de comportarse de forma positiva tiene su origen en la incumbencia preferente que se detenta en un determinado ámbito de organización que no es el personal (patria potestad, curatela, Administración pública, etc.). La preferencia en la autoorganización o autoadministración conlleva deberes negativos (no lesionar) y la preferencia en la heteroorganización o heteroadministración conlleva deberes de actuaciones positivas que consisten en evitar determinados riesgos. En definitiva, el fundamento de estas posiciones se encuentra en la competencia con respecto a « una porción de la vida social ». De esta manera se ofrece algo más que una descripción puramente formal de tales posiciones cercana a la ya suficientemente criticada teoría de las fuentes y se les dota de un contenido material de acuerdo con los fundamentos generales del tipo objetivo aquí desarrollados.

En estas páginas no puedo profundizar en el estudio de las diversas relaciones que permiten imputar un riesgo de muerte o lesiones⁶⁰. Sin embargo, es preciso hacer alguna pequeña referencia que facilite la exposición posterior. Las relaciones especiales de protección se pueden subdividir en dos grandes grupos, que como se puede apreciar, están estrechamente unidos a la idea de asunción de responsabilidades:

En primer lugar, se le puede imputar un riesgo a la persona que asume la protección de otras personas frente a riesgos⁶¹. Ello implica que la persona que delega se ve desprotegida si confía en que el especialmente obligado cumplirá su tarea y no lo hace. Así, por ejemplo, podemos hacer mención al médico que se hace cargo de un paciente⁶² o de un servicio de urgencias, al guía de montaña, que se hace garante de ocuparse de los montañeros como si fuera él mismo, al guardaespaldas que se encarga de la seguridad de alguien, al que se hace cargo de un patrimonio ajeno (administración, depósito, etc.), a los supuestos de comunidades de riesgo en las que todos los integrantes de esa comunidad se han prometido ayuda mutua (equipo de alpinistas, de exploradores, de cazadores, de submarinistas, etc.)⁶³, a las relaciones entre un ciego y su lazarillo, etc. No es precisa siempre una comunicación expresa al respecto, sino que ciertos roles sociales implican la asunción de un deber de garante. El que se encarga de construirle una casa a

⁶⁰ Una exposición particularizada de ciertas relaciones que él denomina institucionales en JAKOBS, PG, 29/59 ss.

⁶¹ FREUND, Erfolgsdelikt, p. 303; JAKOBS, PG, 29/47 ss.; MIR PUIG, PG, p. 338; RUDOLPHI, SK, 13/58 ss., con amplias referencias y abundancia de ejemplos; SCHÜNEMANN, ZStW 96, pp. 307 s.; el mismo, Grund und Grenzen, pp. 335, 339.

⁶² JORGE BARREIRO, Imprudencia, pp. 127 ss.

⁶³ MIR PUIG, PG, pp. 337 s.

alguien, de cuidarle al niño pequeño o de curarle un cáncer, tiene ciertos deberes especiales con respecto a esa casa, ese niño o a esa enfermedad que no tienen el resto de los ciudadanos que no han asumido esa responsabilidad. En este sentido hay que interpretar también la « específica obligación contractual de actuar » que recoge el apartado a) del art. 11, sin necesidad de realizar una interpretación marcada por criterios formales o civilistas.

En segundo lugar, el Estado tiene deberes especiales con los ciudadanos, ya que éstos delegan en aquél gran cantidad de competencias que se convierten en competencias exclusivas del Estado (entendido en sentido amplio como conjunto de las Administraciones públicas)⁶⁴. A esta modalidad de imputación de riesgos se refiere el C. P. cuando exige « una específica obligación legal de actuar » (apartado a) del art. 11)⁶⁵. Existen una serie de tareas que sólo desempeña el Estado (Administración central, autonómica o local) y que tienen relevancia para la vida y salud de los ciudadanos. Y para esas tareas normalmente no existe una organización alternativa. Por ejemplo, la relación solidaria entre los integrantes de la sociedad se ha dejado hoy en día en gran medida en manos del Estado (Sanidad pública)⁶⁶. Existen ciertos riesgos generales que preocupan a la sociedad, teniendo el Estado la tarea de combatir dichos riesgos generales. Cuando el Estado no cumple sus funciones, los ciudadanos afectados por esos riesgos se encuentran en una situación de desprotección. Evidentemente, el Estado no actúa, sino que son personas concretas las que desempeñan las diversas funciones que le corresponden al Estado. Éste puede delegar ciertas tareas en funcionarios (entendido el concepto de funcionario en el sentido amplio que le otorga el art. 24, 2 C. P.) o en particulares:

a) Las personas que se hacen cargo de distintos ámbitos del Estado (funcionarios, jueces, médicos que trabajan en un servicio público de urgencias⁶⁷, etc.), se convierten en garantes en dicho ámbito con deberes especiales más amplios que los de cualquier ciudadano⁶⁸. Por ejemplo, si la Administración municipal tiene la obligación de controlar

64 JAKOBS, *Tun und Unterlassen*, pp. 33 s.

65 La exigencia de que exista una ley es un requisito formal. Ello significa que si no existe una obligación contractual o no se ha creado una ocasión de riesgo, la existencia de una ley extrapenal es un requisito necesario pero no suficiente (cfr. FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 35; HERZBERG, *Verantwortung*, p. 223, con más referencias).

66 HÜWELS, *Gesetzesvollzug*, p. 151.

67 En contra de que estos médicos tengan una posición de garante, SILVA, *La Ley 87*, p. 959, con remisiones a la posición de SCHÜNEMANN. De acuerdo, GRACIA, *Comisión por omisión*, pp. 88, nota 133, 90.

68 La S. T. S. de 24 de octubre de 1990 (Pte. Bacigalupo) se refiere a una posición de garante « surgida de la especial posición que caracteriza a los funcionarios públicos dentro del ámbito de su competencia específica ».

que ciertos locales (cines, teatros, restaurantes, cafeterías) reúnan ciertas condiciones para concederles la licencia de apertura, los ciudadanos pueden confiar en que se dan los requisitos mínimos exigidos por el ordenamiento en caso de que un local disponga de tal licencia. Si no es así y el local no reúne las condiciones adecuadas, el funcionario correspondiente está infringiendo un deber especial aunque no tenga nada que ver con la creación de ese riesgo (un incendio, por ejemplo). Los ejemplos se pueden reproducir hasta el infinito: autorización para conducir un determinado vehículo, autorización de inicio de actividad de una central nuclear, etc⁶⁹. Este fundamento de la imputación no tiene que ver con los supuestos en los que el Estado y sus funcionarios son garantes cuando la vida de ciertos ciudadanos es organizada y administrada por el Estado en virtud del cumplimiento de una « relación especial de sometimiento »⁷⁰. Por ejemplo, reclusos dependientes de las instituciones penitenciarias⁷¹ o soldados que cumplen el servicio militar. En estos casos nos encontramos más bien con una responsabilidad derivada de mantener a ciertas personas en determinados lugares o de imposibilitarles ciertas posibilidades de defensa.

b) Existen ciertos focos necesitados de protección que el Estado deja en manos de los particulares, ocupando únicamente una función subsidiaria para supuestos en los que los particulares no cumplen su tarea o para supuestos en los que no surge un particular que asuma esa función social. Un ejemplo elemental son las relaciones institucionales básicas en las que una persona se hace cargo de los asuntos de un menor de edad o un incapacitado (relaciones paterno-filiales, tutela⁷²). Precisamente estas instituciones o roles

⁶⁹ Sobre el tema en la doctrina alemana: FRISCH, Verhalten, pp. 356 s., con amplias referencias; JAKOBS, PG, 29/76 ss., con más referencias.

⁷⁰ Sobre el fundamento de la posición de garante en estos supuestos, RUDOLPH, JR 87, p. 339; el mismo, Dünnebier-FS, pp. 575 s.; el mismo, SK, 13/54 c.

⁷¹ S. T. S. de 5 de noviembre de 1990 (Pte. Díaz Palos). En profundidad, DIEZ RIPOLLES, CPC 86, pp. 630 s.; SCHÜNEMANN, SIDA, pp. 65 ss., con más referencias; el mismo, Probleme des AIDS-Komplexes, pp. 134 ss., con más referencias; SILVA, CPC 89, passim; el mismo, SIDA, pp. 105 s.

⁷² FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 274 s.; GRACIA, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 75, con más referencias jurisprudenciales y doctrinales.

Los deberes de asistencia a los hijos están contemplados ya en nuestra norma fundamental (art. 39 III C. E).

El T. S. ha venido entendiendo en diversas sentencias que la falta de socorro o ayuda a los hijos menores de edad que se encontraban en situación de peligro suponía la comisión de un delito de resultado: 11 de julio de 1874 (infanticidio); 8 de mayo de 1877 (infanticidio); 12 de febrero de 1892 (parricidio); 20 de noviembre de 1909 (parricidio imprudente); 19 de enero de 1921 (infanticidio); 30 de diciembre de 1924 (parricidio imprudente); 30 de noviembre de 1927 (parricidio); 20 de mayo de 1929 (infanticidio); 14 de enero de 1946 (infanticidio); 12 de junio de 1957 (Pte. García Gómez) (parricidio); 9 de mayo de 1966 (Pte. García Obeso) (parricidio imprudente); 3 de junio de 1969 (Pte. Escudero) (infanticidio); 7 de noviembre de 1973 (Pte. Castro) (homicidio imprudente); 22 de noviembre de 1976 (Pte. Huerta) (homicidio imprudente); 15 de noviembre de 1977 (Pte. Díaz Palos) (infanticidio); 30 de septiembre de 1978 (Pte. Castro) (parricidio); 28 de junio de 1980 (Pte. Vivas) (parricidio imprudente); 11 de diciembre de 1984 (Pte. Huerta) (infanticidio); 30 de junio de 1988 (Pte. Bacigalupo) (parricidio), 28 de marzo de

sociales sólo se definen jurídicamente sobre la base de su tarea de protección. De esa idea se derivan todos los deberes concretos de cada situación. En mi opinión, no se puede decir lo mismo de organizaciones conjuntas de la esfera íntima reconocidas por el ordenamiento jurídico, tal y como sucede con el matrimonio. Los riesgos que sufre un cónyuge sólo se le puede imputar al otro con base en la asunción de tareas de protección, principalmente en la intimidad del hogar familiar⁷³, y por tanto su fundamento se encuentra en que el incumplimiento de dicha tarea asumida deja al otro cónyuge en una « situación de desprotección » por no haber adoptado otro tipo de medidas (por ejemplo, visitas frecuentes de familiares). Las relaciones familiares sin más no fundamentan una posición de garante (hermanos frente a hermanos, hijos frente a padres, nietos frente a abuelos, etc.). Y relaciones de índole no familiar como las de « parejas de hecho » pueden generar unas obligaciones equivalentes a las de las relaciones familiares por las razones ya señaladas vinculadas a un compromiso de protección.

Nuestro modelo de Estado que se encuentra configurado como un Estado social de Derecho ha dado lugar a que otras relaciones sociales más allá de las más elementales, generen posiciones de garante que tienen su origen en una delegación de la función social del Estado, como sucede con las relaciones laborales donde el empresario o los encargados de velar y controlar las medidas de seguridad en su lugar (aparejadores, arquitectos, ingenieros, arquitectos o ingenieros técnicos, directores de obras, encargados de obras, capataces de obras, constructores prácticos de obras, etc.) asumen una posición

1989 (Pte. Puerta) (infanticidio); 22 de junio de 1991 (Pte. Puerta) (lesiones); 31 de octubre de 1991 (Pte. Mtez.-Pereda) (cooperación necesaria en lesiones); 27 de octubre de 1992 (Pte. Bacigalupo) (parricidio); 21 de marzo de 1993 (Pte. Mtez.-Pereda) (parricidio); 13 de octubre de 1993 (Pte. Moner) (parricidio); 25 de marzo de 1996 (Pte. García-Calvo) (cooperación necesaria en un delito de malos tratos habituales familiares y complicidad en un parricidio).

La S. T. S. de 21 de marzo de 1993 (Pte. Mtez.-Pereda) hace un resumen de la posición del propio Tribunal: « La doctrina de esta Sala estimó un delito de parricidio, de comisión por omisión en la procesada, que dejó desasistido al hijo recién nacido, sin haber requerido la asistencia de facultativo, ni antes, ni durante el parto, ni después para que asistiera al recién nacido, al que ni siquiera ató el cordón umbilical -S. 17-12-1985- y en la que encerró a los niños en el piso en que se encontraron, sabiendo que no tenían posibilidad de acceder a alimento alguno y que dependían en consecuencia de la alimentación que sólo ella les podía proporcionar -S. 30-6-1988 (RJ 1988, 5387)- ».

En la S. T. S. de 30 de enero de 1945, se consideró a un padre garante del delito realizado por su hija de 14 años.

⁷³ En el mismo sentido, la S. T. S. de 28 de enero de 1994 (Pte. Granados) no acude a la relación conyugal como fundamento de la posición de garante de la esposa que deja abandonado seis días a su marido que no puede valerse por sí mismo. En este caso, se fundamenta una posición de garante por asunción: el T. S. argumenta que todo el que asume el cuidado de un enfermo es garante de mantener unos cuidados mínimos.

El matrimonio no coloca en una situación de mayor indefensión a los cónyuges. Lo que sucede es que la convivencia implica que la morada familiar es un recinto de intimidad de la pareja y que se asume una función de auxilio de puertas para afuera. La relación conyugal hace que ninguno de los cónyuges tenga que acudir a terceros como « procesos salvadores » para prevenir situaciones de indefensión en la morada de la pareja (desmayos, accidentes, enfermedades, etc.).

de garante⁷⁴. Se trata de ámbitos o subsistemas sociales donde determinadas personas o

74 Sobre esta cuestión: ARROYO, Seguridad en el Trabajo, pp. 57 ss., 167 ss.; CORCOY, Imputación, pp. 44 s.; JORGE BARREIRO, Omisión, pp. 234 s.; LASCURAIN, Deber de garantía del empresario, pp. 214 ss., en profundidad sobre el fundamento y límites del deber de garantía del empresario. En profundidad, sobre la determinación del círculo de posibles garantes en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo, LASCURAIN, Seguridad e higiene, pp. 260 ss.

Los deberes de estas personas no consisten simplemente en no lesionar, sino en velar para que los trabajadores a su cargo no se pongan a sí mismos en peligro.

La Jurisprudencia que se ha ocupado de lesiones y homicidios imprudentes en el ámbito de las relaciones laborales no deja lugar a dudas, aunque siempre busque formalmente el fundamento de estos deberes especiales en la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo (obligación legal): SS. T. S. de 20 de mayo de 1961 (Pte. Codesido); 31 de marzo de 1962 (Pte. Glez. Díaz); 3 de diciembre de 1962 (Pte. García Gómez); 8 de febrero de 1963 (Pte. Díez); 12 de marzo de 1964 (Pte. Riaño); 9 de mayo de 1964 (Pte. Codesido); 19 de junio de 1964 (Pte. Cid); 24 de octubre de 1966 (Pte. Casas); 8 de junio de 1967 (Pte. de Oro); 20 de septiembre de 1967 (Pte. Riaño); 14 de octubre de 1967 (Pte. Cid); 20 de enero de 1968 (Pte. García Tenorio); 8 de febrero de 1968 (Pte. de Oro); 17 de febrero de 1968 (Pte. Sáez); 8 marzo de 1968 (Pte. García Tenorio); 5 de junio de 1968 (Pte. Cid); 8 de octubre de 1968 (Pte. García Tenorio); 11 de octubre de 1968 (Pte. Casas); 21 de octubre de 1968 (Pte. de Oro); 7 de noviembre (Pte. Casas); 30 de noviembre de 1968 (Pte. Escudero); 24 de febrero de 1969 (Pte. Sáez): « era de su incumbencia prevenir estos accidentes »; 10 de marzo de 1969 (Pte. Riaño); 30 de abril de 1969 (Pte. de Oro); 30 de abril de 1969 (Pte. Riaño); 19 de enero de 1970 (Pte. de Oro); 28 de febrero de 1970 (Pte. Escudero); 26 de mayo de 1970 (Pte. de Oro); 15 de junio de 1970 (Pte. de Oro); 14 de octubre de 1970 (Pte. Sáez), de forma amplia; 26 de diciembre de 1970 (Pte. de Oro); 4 de junio de 1971 (Pte. Díaz Palos); 6 de octubre de 1971 (Pte. Glez. Díaz); 3 de diciembre de 1971 (Pte. Espinosa); 18 de abril de 1972 (Pte. Díaz Palos); 29 de abril de 1972 (Pte. Espinosa); 6 de junio de 1972 (Pte. Sáez); 4 de diciembre de 1972 (Pte. García Tenorio); 28 de diciembre de 1972 (Pte. Hijas); 23 de marzo de 1973 (Pte. Hijas); 5 de junio de 1973 (Pte. Hijas); 6 de junio de 1973 (Pte. Gil); 15 de junio de 1973 (Pte. Escudero); 2 de julio de 1973 (Pte. Díaz Palos); 4 de julio de 1973 (Pte. Díaz Palos); 18 de octubre de 1973 (Pte. Gil); 13 de febrero de 1974 (Pte. Vivas); 12 de marzo de 1974 (Pte. Hijas); 29 de marzo de 1974 (Pte. Castro); 16 de abril de 1974 (Pte. Díaz Palos); 8 de mayo de 1974 (Pte. Espinosa); 29 de noviembre de 1974 (Pte. Escudero); 2 de mayo de 1975 (Pte. Escudero); 12 de mayo de 1975 (Pte. Casas); 26 de noviembre de 1975 (Pte. Hijas); 13 de febrero de 1976 (Pte. Díaz Palos); 23 de marzo de 1976 (de Oro); 12 de mayo de 1976 (Pte. Vivas); 31 de mayo de 1976 (Pte. de Oro); 14 de junio de 1976 (Pte. Hijas); 30 de junio de 1976 (Pte. Díaz Palos); 30 de junio de 1976 (Pte. Gil); 15 de octubre de 1976 (Pte. Hijas); 3 de noviembre de 1976 (Pte. Díaz Palos); 11 de noviembre de 1976 (Pte. Díaz Palos); 12 de noviembre de 1976 (Pte. Díaz Palos); 16 de noviembre de 1976 (Pte. Huerta); 17 de enero de 1977 (Pte. Díaz Palos); 14 de febrero de 1977 (Pte. de Oro); 9 de mayo de 1977 (Pte. Vivas); 6 de junio de 1977 (Pte. Vivas); 28 de octubre de 1977 (Pte. Díaz Palos); 13 de noviembre de 1977 (Pte. Vivas); 23 de febrero de 1978 (Pte. Vivas); 19 de junio de 1978 (Pte. Díaz Palos); 12 de diciembre de 1978 (Pte. Vivas); 2 de marzo de 1979 (Pte. Castro), afirmando la posición de garante tanto del constructor como del vigilante de seguridad; 27 de marzo de 1979 (Pte. Sáez); 30 de abril de 1979 (Pte. Gómez de Liaño); 8 de noviembre de 1979 (Pte. Vivas); 17 de diciembre de 1979 (Pte. Huerta); 4 de febrero de 1980 (Pte. Castro); 24 de abril de 1980 (Pte. Cotta); 29 de abril de 1980 (Pte. Latour); 10 de mayo de 1980 (Pte. Vivas); 13 de junio de 1980 (Pte. Latour); 16 de junio de 1980 (Pte. Moyna); 7 de julio de 1980 (Pte. Cotta); 11 de julio de 1980 (Pte. García Miguel); 10 de octubre de 1980 (Pte. Hijas); 14 de noviembre de 1980 (Pte. Cotta); 20 de noviembre de 1980 (Pte. Latour); 20 de noviembre de 1980 (Pte. Gómez de Liaño); 26 de febrero de 1981 (Pte. García Miguel); 3 de marzo de 1981 (Pte. Latour); 18 de marzo de 1981 (Pte. García Miguel); 10 de abril de 1981 (Pte. Moyna); 12 de mayo de 1981 (Pte. Vivas); 6 de noviembre de 1981 (Pte. Hijas); 7 de noviembre de 1981 (Pte. Latour); 10 de febrero de 1982 (Pte. García); 26 de febrero de 1982 (Pte. Moyna); 14 de mayo de 1983 (Pte. Castro); 20 de marzo de 1984 (Pte. Gómez de Liaño); 27 de abril de 1984 (Pte. Hijas); 14 de mayo de 1985 (Pte. Castro); 15 de junio de 1985 (Pte. Huerta); 28 de febrero de 1986 (Pte. Soto); 28 de septiembre de 1987 (Pte. Soto); 30 de mayo de 1988 (Pte. Manzanares); 7 de junio de 1988 (Pte. Huerta); 15 de mayo de 1989 (Pte. Moner): « cuantos dirigen y se hallan al cuidado de una obra, deben impartir cuidadosamente las instrucciones oportunas a fin de que el trabajo se realice con las adecuadas medidas de seguridad, como garantes de la salvaguarda de la integridad física de cuantos trabajadores participan en la ejecución de los diversos trabajos, sujetos a riesgos que es preciso evitar »; 24 de noviembre de 1989 (Pte. Bacigalupo); 21 de diciembre de 1989 (Pte. Puerta); 26 de diciembre de 1989 (Pte. Díaz Palos); el deber de cuidado del empresario « no puede excluirse y excusarse por el hecho de haber puesto a disposición de los

colectivos se encuentran en « una especial posición de desamparo ». En un Estado social de Derecho ciertas posiciones de preeminencia o prevalencia en una relación jurídica (conocimientos superiores sobre el conjunto de la instalación⁷⁵ o sobre los riesgos de ciertas actividades⁷⁶, mayores medios, etc.) dan lugar a que ciertas personas se vean especialmente obligadas a ocuparse de los asuntos de los que ocupan una « posición inferior » en esa relación (menores conocimientos globales, falta de medios, gran probabilidad de ser manipulados o coaccionados, etc.)⁷⁷. En un Estado que no se definiera como social o en el que primaran consideraciones individualistas o de tipo económico, colectivos como los trabajadores tendrían que arbitrar sus propios medios de defensa.

Evidentemente, la asunción de estas funciones sociales de protección que el Estado delega no tienen que realizarse de forma expresa. Los ciudadanos, por el mero hecho de pertenecer a un sistema social, se encuentran con unas determinadas estructuras previas o roles sociales que generan obligaciones. En caso de que un ciudadano exprese de una forma reconocida socialmente que asume una de estas relaciones con expectativas prefijadas (por ejemplo, se hace cargo de su hijo), expresa, al mismo tiempo, dos

obreros botas de goma, porque al empresario compete, en observancia y cumplimiento de las normas de seguridad, comprobar la plena eficacia de dichas reglas, lo que equivale a adoptar las medidas tendentes a cumplir y a hacer cumplir al personal a sus órdenes las prevenciones establecidas en las normas »; 30 de marzo de 1990 (Pte. Díaz Palos); 9 de abril de 1990 (Pte. García Pérez); 5 de julio de 1990 (Pte. Huerta); 28 de febrero de 1992 (Pte. Moner); 15 de julio de 1992 (Pte. Díaz Palos): « cuantos dirigen y se hallan al cuidado de una obra, deben impartir diligentemente las instrucciones oportunas, a fin de que el trabajo se realice con las adecuadas medidas de seguridad, como garantes de la salvaguardia de la integridad física, y no hay que decir que con mayor razón de la vida, de cuantos trabajadores participen en la ejecución de los diversos trabajos, sujetos a riesgos que es preciso evitar, poniendo a contribución cuantas previsiones y experiencias técnicas sean concurrentes a tal fin »; 4 de octubre de 1993 (Pte. García Ancos); 18 de enero de 1995 (Pte. Delgado), con amplias referencias. Autos de 12 de enero (Pte. Díaz Palos) y 22 de marzo de 1990 (Pte. Ruiz Vadillo). Sobre la evolución en este siglo de la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo, S. T. S. de 17 de enero de 1977 (Pte. Díaz Palos). La Jurisprudencia del T. S. afirma que « el personal directivo de la empresa, técnico o no, y cualquiera que sea su rango, clase y categoría está comprometido en la observancia estricta de las normas de seguridad, incluidos los propios destinatarios y beneficiarios de las mismas », « incluso imponiendo coactiva e imperativamente el cumplimiento global y exacto de las cautelas y prevenciones establecidas en las correspondientes normas de seguridad ». Incluso la S. T. S. de 4 de julio de 1973 (Pte. Díaz Palos) especifica que « nunca podrá excusar el cumplimiento de tales medidas la mayor o menor resistencia pasiva de los propios trabajadores, ni menos su rutinaria omisión, ni, en fin, el cálculo tantas veces fallido, de que suponen más un embarazo que una protección para el trabajo ».

En mi opinión, si no existieran razones materiales de peso la mera existencia de tal normativa no se podría fundamentar sin más la imputación de un riesgo, a pesar de la aparente formalidad de los criterios del art. 11 C. P. y las manifestaciones del T. S.

Sobre la cuestión en la ciencia penal alemana, HERZBERG, Verantwortung, pp. 229 ss.

⁷⁵ Vid. las SS. T. S. de 27 de diciembre de 1973 (Pte. Castro); 26 de noviembre de 1975 (Pte. Hijas); 2 de marzo de 1979 (Pte. Castro).

⁷⁶ S. T. S. de 11 de octubre de 1968 (Pte. Casas).

⁷⁷ LASCURAIN, Seguridad e higiene, pp. 331 ss.; el mismo, Deber de garantía del empresario, p. 225; S. T. S. de 30 de noviembre de 1968 (Pte. Escudero).

extremos: que nadie ha de inmiscuirse en su actuación mientras se comporte correctamente y que, consiguientemente, él carga con las consecuencias en caso de no cumplir ciertas expectativas mínimas que siempre forman parte de su posición de garante. Los deberes que se derivan de estas relaciones especiales no son disponibles por parte de los beneficiarios (menores de edad, trabajadores, etc.), ya que dichos deberes se encuentran vinculados de forma rígida a dichas relaciones. Como se puede apreciar la imputación objetiva de riesgos a una persona no depende de una delimitación naturalística (dominio psicofísico de la causalidad), sino de cómo se encuentre organizada la vida social.

Se puede pensar que la fundamentación ofrecida en las páginas anteriores no añade nada a la distinción doctrinal tradicional de las posiciones de garantía en el ámbito de la comisión por omisión: posiciones de garantía que originan un deber (especial) de tutelar, defender y proteger ciertos bienes jurídicos contra cualquier ataque, sea cual sea su procedencia, y posiciones de garantía que originan un deber de dominio, aseguramiento, vigilancia o control de determinadas fuentes de peligro, en cuyo caso es indiferente qué bienes jurídicos son amenazados en particular⁷⁸. La línea argumental utilizada

⁷⁸ Esta distinción tiene su origen en ARM. KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 283 ss., y ha tenido amplia aceptación en la doctrina: vid. por todos, ALASTUEY, ADP 92, p. 970 y *passim*; BACIGALUPO, PG, p. 263; HERZBERG, *Verantwortung*, pp. 225 ss.; HUERTA, *Delitos de omisión*, pp. 82 ss.; JESCHECK, PG, 59 IV; JORGE BARREIRO, *Imprudencia*, pp. 127 ss.; LASCURAIN, *Seguridad e higiene*, pp. 244 ss.; el mismo, *Deber de garantía del empresario*, pp. 211 ss.; MIR PUIG, PG, pp. 332 ss.; OCTAVIO/HUERTA, PG, pp. 579 ss.; RGUEZ. MOURULLO, PG, p. 312; SILVA, *Omisión*, p. 370, con más referencias; el mismo, EJB, pp. 4577 s.

Sin embargo, en la doctrina española tiene una gran presencia la teoría formal de las fuentes, que, además, sufre un cierto respaldo por parte del texto del art. 11 C. P. Pero este artículo tampoco es incompatible con otras posiciones más materiales con respecto al contenido de injusto específicamente penal de la comisión por omisión. Con el art. 11 cobran un nuevo vigor las siguientes palabras de ARROYO, *Seguridad en el Trabajo*, pp. 148 s.: « Ambos puntos de vista, formal y material, deben ser aplicados conjuntamente para conjuntar la relevancia del sentido social material de los deberes con la seguridad jurídica que ofrece el marco normativo formal ». Por tanto, dentro de los límites que establece el art. 11 (no hay comisión por omisión si no existe una específica obligación legal o contractual de actuar o no se ha creado una ocasión de riesgo mediante una acción u omisión precedente), es preciso otorgarle un contenido material al injusto de la comisión por omisión equivalente al de la comisión. En mi opinión, las teorías materiales fundamentan la posición de garante y la teoría formal de las fuentes sirve como límite garantístico formal. En este sentido hay que interpretar, en mi opinión, el art. 11.

Las posiciones de RUDOLPHI, SK, 13/23 ss, y SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, pp. 87 ss., GA 74, pp. 231 ss. (en especial, 234), *Grund und Grenzen*, pp. 229 ss., 281 ss. (en especial, 292 ss.), ZStW 96, pp. 293 s., GA 85, pp. 375 ss., *Chengchi Law Review*, p. 260 y *Delitos de omisión*, pp. 21 ss., que consideran que las posiciones de garante se basan en un « dominio sobre la causa o fundamento del resultado » que se subdivide en « dominio sobre una causa esencial o fundamental del resultado » y « dominio sobre la indefensión del objeto material de un bien jurídico » no añaden nada a la doctrina tradicional. De acuerdo en nuestra literatura con la posición de SCHÜNEMANN, MUÑOZ SANCHEZ, *Detención*, pp. 132 ss. GRACIA, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pp. 78 ss., *El actuar en lugar de otro I*, pp. 349 ss., *Hacia un Derecho penal económico europeo*, pp. 114 ss. y *Comisión por omisión*, pp. 82 ss., con más referencias, desarrolla su posición a partir de la posición de SCHÜNEMANN y diferencia entre los delitos especiales o con especiales elementos de autoría (entre los que se encuentra la comisión por omisión) que serían delitos de dominio social y los delitos comunes de

comisión que serían delitos de dominio fáctico (dominio del hecho). GRACIA, Comisión por omisión, p. 83, define el dominio social, como criterio decisivo de identidad entre comisión y omisión, como « el conjunto de condiciones, acotadas por el tipo de injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actuación del dominio finalista del hecho típico ». El propio GRACIA, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 84, nota 410, expone las relaciones de su propia posición con la de SCHÜNEMANN: « Me situó así en una posición que, si bien no es totalmente coincidente, sí está próxima a la tesis del « dominio sobre la causa fundamental del resultado » defendida por Schünemann en la doctrina alemana; véase sobre ella la exposición de Gracia Martín, El actuar I, pp. 344 ss., donde formulé a dicha tesis algunas objeciones que en la actualidad debería someter a revisión, matizando y aclarando unas y abandonando por completo otras. En nuestra doctrina se ha adherido al criterio del « dominio sobre la causa fundamental del resultado », en la versión de Schünemann, Muñoz Sánchez, El delito de detención, pp. 133 s. y n. 109, en la que objeto mis críticas a la tesis de Schünemann con argumentos que, básicamente, puedo aceptar en la actualidad ».

En la propuesta de SCHÜNEMANN se puede apreciar una tímida normativización de la idea del « dominio del hecho », incluyéndola en el término el « dominio social », lo que le ha llevado a rechazar la categoría de delitos de deber propuesta por su maestro ROXIN (cfr. Injusto y culpabilidad, p. 215, nota 27). El origen de esta teoría de ROXIN se encuentra en su monografía sobre AUTORIA Y DOMINIO DEL HECHO. Es decir, ROXIN se preocupó de estos delitos desde la perspectiva de la autoría y participación. Este autor se dio cuenta de que existían ciertos tipos (por ejemplo el tipo penal de administración o gestión desleal) que denominó como delitos de deber en los que ciertas personas eran siempre autoras aunque no tuvieran el dominio del hecho. Cfr. Kriminalpolitik, p. 17; Täterschaft, pp. 352 ss., 459 ss., 651 ss. (p. 651: « La autoría no se fundamenta mediante el dominio del hecho, sino por la lesión de un deber especial extrapenal »), con más referencias; PG, 10/128; LK, 25/37 ss., 162 ss., con abundantes referencias a favor y en contra de su posición sobre el doble fundamento de la autoría. Han mostrado su acuerdo en los presupuestos esenciales con ROXIN: BLOY, Beteiligungsform, pp. 229 ss., aunque crítico con respecto a las conclusiones de ROXIN (pp. 233 ss.); CRAMER, Bockelmann-FS, pp. 395 s., 399; el mismo, Schönke/Schröder, antes de 25/71; HERZBERG, Unterlassung, pp. 51 ss.; JESCHECK, PG, 61 V 1, nota 30, 62 I 1, nota 1, con más referencias, admite la clasificación con matices irrelevantes; RUDOLPHI, SK, 13/6, con más referencias. En los supuestos en los que el fundamento de la autoría se encuentra en la lesión de un deber especial extrapenal ROXIN se dio cuenta de que dejar de hacer equivale a tener el dominio sobre el hecho. Traslado estas consecuencias entresacadas de la parte especial a los delitos de comisión por omisión, que considera como delitos de deber frente a los delitos de comisión. Los considera así ya que no se pueden explicar como delitos de dominio sobre algo inexistente (la relación causal con el resultado). Pero, como he expuesto en el texto, no existe ninguna diferencia en la fundamentación de la imputación en los supuestos en los que prima la idea de injerencia, por tanto en los supuestos de garantía por injerencia cabrán las mismas formas de participación que caben en los delitos de comisión. Sobre la autoría y participación en los otros supuestos de comisión por omisión, vid. infra IV.B.1. Además hay que señalar que la fundamentación que ofrece ROXIN de los delitos de deber peca de formal y meramente descriptiva y, por ello, carece de calado material: « Deberes que son previos lógicamente a la norma penal y que, en general, sobrepasan los otros ámbitos jurídicos » (Täterschaft, p. 354). ROXIN no aclara porqué deberes previos al ordenamiento penal se convierten en penalmente relevantes ni porqué se seleccionan unos deberes y se rechazan otros como penalmente relevantes. Esto es así, ya que se trata de una decisión política criminal: en ciertos tipos el legislador protege bienes jurídicos mediante el cumplimiento correcto de deberes o de ciertas relaciones jurídicas (por ejemplo, ciertos delitos contra las relaciones familiares) básicos para la convivencia. Y en estos casos da igual que se incumplan « activa o pasivamente ». Por ello trasladar este « hallazgo » de la parte especial a la teoría de la autoría y participación en los delitos de comisión por omisión que no protegen deberes o relaciones jurídicas sino la vida, la salud o la propiedad implica un salto lógico inexplicable. El problema básico reside entender « dominio del hecho » en el sentido welzeliano del término como dominio subjetivo del proceso causal y no en el sentido de dominio objetivo del suceso desarrollado en el texto. De todas maneras, la teoría de ROXIN sobre los delitos de deber no ha tenido aceptación en nuestra doctrina que más bien se ha mostrado escéptica con respecto a la asunción de esta figura (vid. por todos, DIAZ, La Ley 86-4, pp. 529 s., con más referencias y GRACIA, El actuar en lugar de otro I, pp. 332 ss.).

La posición de SCHÜNEMANN tampoco merece una valoración más positiva, pero sobre ello no es preciso extenderme, ya que ha recibido críticas muy certeras. Cfr., por ejemplo, FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 139 ss.; HUERTA, Delitos de omisión, pp. 128 s. que afirma que « la principal miseria de la aportación de SCHÜNEMANN es su desconocimiento de que ni el suyo ni ningún otro criterio ontológico puede resolver un problema que, como el de la equiparación, es de índole normativa »;

corresponde a la necesidad, señalada por STREE de « incluir en el estudio el fundamento jurídico de estas posiciones. Es decir, se hace además necesario fijar la atención en el origen del deber de garante »⁷⁹. Por ejemplo, una vez constatada una posición de garante en virtud de una relación paterno-filial los padres cometen un tipo de resultado tanto si incumplen sus deberes de protección con respecto a sus hijos como si incumplen sus deberes de control de los mismos como fuente de peligro; o si a un trabajador se le entrega una máquina es tan garante de que la máquina no lesione a terceros como de hacer lo posible para que no le roben la máquina; o si una persona se encarga del perro de su vecino durante las vacaciones de éste debe evitar tanto que el can ataque a terceros como ocuparse al mismo tiempo del mismo. La clasificación mayoritaria supone sólo una descripción material frente a la teoría formal de las fuentes, pero no una fundamentación material⁸⁰. Se trata de una clasificación con fines didácticos, pero que carece de contenido material. La distinción es puramente fenomenológica pero no de tipo normativo⁸¹. Por ejemplo, se puede definir una supuesta posición de garante de los hijos frente a los padres como función de protección de un determinado bien jurídico. Pero ello no significa que así fundamentemos que un hijo sea garante de su padre, y responda más allá de los deberes generales de socorro. Como ha señalado HUERTA en nuestro país, introduciendo ciertas ideas de JAKOBS⁸², « de la división operada por Armin KAUFMANN no pueden extraerse ulteriores conclusiones sistemáticas de cara a la necesaria delimitación del círculo de sujetos intervinientes en un delito de *omisión impropia*, ya que una misma tarea puede ser en definitiva coetáneamente formulable como tarea de protección de un bien jurídico o como tarea de control de una fuente de peligro⁸³. Importa, por ello, realizar, a partir de la clasificación propuesta por Armin KAUFMANN, ciertas precisiones que permitan profundizar en las causas de la responsabilidad del garante en cada uno de los grupos formados, contestándose así de forma clara a la pregunta de por qué el garante tiene las aludidas funciones de protección

LASCURAIN, Seguridad e higiene, p. 255, con más referencias, que critica también la posición de GRACIA en p. 258.

⁷⁹ Mayer-FS, p. 147.

⁸⁰ Autores de indudable prestigio y especialistas en la materia como MAURACH/GÖSSEL, PG, 46/57 ss.; JESCHECK, LK, 13/19; ROXIN, Täterschaft, pp. 659 s.; SCHULTZ, JuS 85, p. 271; SCHÜNEMANN, ZStW 96, p. 305; SEELMANN, AK, 13/35; STRATENWERTH, PG, nº marg. 990, reconocen este defecto de la doctrina mayoritaria.

⁸¹ FREUND, Erfolgsdelikt, p. 261.

⁸² Delitos de omisión, p. 83, subrayado en el original.

⁸³ JAKOBS, PG, 29/27, utiliza el siguiente ejemplo: ¿ El socorrista de la piscina es garante de ésta como fuente de peligro o de proteger a los bañistas ? Este autor señala como lo relevante es determinar de qué personas y de qué peligros es garante el socorrista. Por ejemplo, no es garante de los bañistas que se encuentren fuera de la instalación ni de las posibles insolaciones. Vid. también FREUND, Erfolgsdelikt, p. 261; HÜWELS, Gesetzesvollzug, pp. 87 s.; SANGENSTEDT, Garantenstellung, pp. 658 s.; SEELMANN, AK, 13/34 ss.

de un bien jurídico o de control sobre una fuente de peligro, y delimitándose por este procedimiento quiénes son los obligados a cumplir con una o con la otra de estas dos funciones ». HUERTA llega a una conclusión que comparto⁸⁴: « La *teoría de las funciones* de Armin KAUFMANN, con seguir siendo un importante criterio de agrupación de las *posiciones de garantía*, no es de gran ayuda a la hora de proceder a la necesaria determinación de dichas posiciones, en concreto porque no explica suficientemente el origen de las funciones de protección y de control que se atribuyen al *garante* ». Un juez no puede legitimar una condena simplemente diciendo que alguien tiene el deber de proteger un determinado bien jurídico. Tiene que fundamentar materialmente por qué le incumbía el riesgo que ha producido el resultado y, por tanto, por qué tenía el deber de haber evitado el resultado. Toda modalidad de imputación precisa no sólo una descripción de carácter pedagógico, sino también una fundamentación. Asimismo, el afirmar que la omisión de un garante debe tener el mismo fundamento o valor que la comisión o que debe tener una identidad total con la comisión no hace más que traladar el problema, pero no soluciona nada. El afirmar que la comisión por omisión es una omisión que tiene el mismo valor que una comisión, una equivalencia exacta o una identidad estructural y material⁸⁵ es una solución aparente que no soluciona el problema del fundamento material de la imputación de conductas típicas⁸⁶. Es preciso indagar primero en los requisitos objetivos de imputación⁸⁷ e incardinar, como se ha intentado hacer aquí, la teoría de las posiciones de garante a la teoría del tipo objetivo⁸⁸.

8. Después de un desarrollo tan largo de la imputación de riesgos, es preciso ejemplificar la importancia de este requisito objetivo que supone la imputación de un riesgo. En el marco de la actividad jurídico-dogmática toda teoría, por muy acabada que sea, carece de justificación si no tiene consecuencias prácticas. Por ello imaginémonos el siguiente supuesto: un médico atiende a una paciente que le llega inconsciente a urgencias. El médico no realiza las pruebas pertinentes y no puede realizar un diagnóstico correcto (muerte por asfixia debido a una inhalación de gases). De todas maneras, en el

84 Delitos de omisión, pp. 83 s., subrayado en el original.

85 Vid. por todos, LUZON, Estudios, pp. 235 ss., con más referencias.

86 FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 45 ss.

87 FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 44 ss. Las críticas contra la teoría mayoritaria de las funciones está siendo una de las tesis importantes en las últimas monografías sobre la comisión por omisión publicadas en Alemania: FREUND, Erfolgsdelikt, p. 2 y VOGEL, Norm, pp. 339 ss. El primero mantiene desde el principio de su monografía que el fundamento del origen de las posiciones de garante supone « el punto neurálgico ».

88 En este sentido, comparto las preocupaciones de autores como GIMBERNAT, LUZON PEÑA, DIAZ, SILVA, GRACIA o MIR PUIG, que se han preocupado en nuestra doctrina de fundamentar normativamente la comisión por omisión para conseguir así limitarla.

procedimiento no se le puede imputar el resultado en virtud del principio *in dubio pro reo*. Posteriormente, el hijo y el marido de la paciente fallecen en el domicilio familiar por inhalación de gases provenientes de una estufa defectuosa. En el procedimiento se demuestra que si el médico se hubiera comportado de forma correcta habría detectado la causa del fallecimiento de la paciente y habría podido avisar a la familia del peligro que corría⁸⁹. No se puede negar que el médico tiene un dominio fáctico sobre la vida del marido y del hijo de la fallecida. Pero no se le pueden imputar las dos muertes porque, desde luego, no tiene nada que ver con el origen del riesgo (estufa que emana gases tóxicos) y sólo se le pueden imputar los riesgos que amenazan la vida de sus pacientes, no la vida de los familiares de los mismos. Veamos otro ejemplo que se suele solucionar acudiendo al « fin de protección de la norma de cuidado » (la obligación de emplear las luces de las bicicletas durante la conducción nocturna no tiene como finalidad la de permitir que otras personas sean vistas, o que ellas mismas puedan observar mejor)⁹⁰: dos ciclistas circulan en línea sin luces de noche y en una zona no iluminada. Debido a la circulación sin luces uno de los dos ciclistas colisiona de frente con un tercer ciclista. Se prueba que la colisión se hubiera evitado si el segundo ciclista dispusiera de iluminación. El argumento con base en el « fin de protección de la norma de cuidado »⁹¹ (la finalidad de las prescripción administrativa consiste en evitar accidentes causados de forma directa por la propia bicicleta, pero no en iluminar a otro ciclista para evitar que colisione con un tercero) es puramente formal, ya que puede existir un delito imprudente aunque no se infrinja una norma de la legislación de seguridad vial. La auténtica solución material es que no se le puede imputar el riesgo al segundo ciclista porque no se realizó el riesgo creado por él ni asumió ninguna función de protección del ciclista sin iluminación ni del tercero que colisionó⁹². El dominio fáctico sobre el hecho es puramente casual. El

⁸⁹ Un caso similar de la jurisprudencia alemana, donde se condenó indebidamente al médico, en NJW 89, pp. 786 s., con comentario crítico de KAHLO, NJW 90, pp. 1521 ss., en el mismo sentido del texto. En contra, OTTO, PG, 10 I 4 e).

⁹⁰ Se trata de un hecho real recogido en una antigua sentencia alemana: RGSt 63, pp. 392 ss.

⁹¹ BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 104 s.; LARRAURI, ADP 88, pp. 753 s., con abundantes referencias; ROXIN, CPC 89, p. 759; el mismo, PG, 11/68 ss.; el mismo, *Chengchi Law Review*, pp. 226 s.

Recogen la situación doctrinal alemana con respecto a este supuesto, PUPPE, NK, antes de 13/208 ss.; REYES, *Imputación*, p. 207.

⁹² En un sentido similar, CORCOY, *El delito imprudente*, p. 585; la misma, *Imputación*, pp. 69 s.; CURADO, *Comportamiento lícito*, pp. 238 s.; JAKOBS, PG, 7/nota 114.

EXNER, Frank-FG, pp. 586 s., ya apuntaba una solución en este sentido. Apunta también una solución en este sentido, OTTO, NJW 80, p. 419.

Otro ejemplo en la misma línea: S. T. S. de 22 de noviembre de 1974 (Pte. Escudero): aunque el Aparejador se comporta de forma imprudente por no exigir al propietario y empresario-contratista colocar las oportunas medidas de seguridad en una obra, el resultado no le es imputable porque el que se lesiona no es un trabajador sino un tercero que se introdujo en la obra sin tener ninguna relación con la misma. Esto es debido a que los aparejadores no son garantes de personas que se pueden introducir en la obra por motivos extralaborales.

segundo ciclista se puede distanciar diciendo « esto no tiene nada que ver conmigo » de acuerdo con los criterios generales de imputación recogidos en el art. 11 C. P. Asimismo, con la perspectiva material desarrollada aquí carecen de problemas los supuestos denominados como de « omisión por comisión »⁹³. Por ejemplo, una persona lanza un salvavidas a alguien que se encuentra en una situación de peligro pero a continuación lo retira (acción) o corta (acción) el riego de sus plantas que beneficia también a las del vecino que si no reciben ese agua se marchitan. Se trata de casos en los que alguien inicia una actividad salvadora, pero desiste. No se puede imputar un riesgo de muerte, lesiones o daños porque la persona objeto de juicio no tienen nada que ver con la creación del riesgo y el mero comienzo de una actividad salvadora no supone una asunción de protección de la persona que se encuentra en peligro⁹⁴. Sólo se puede imputar un riesgo en estos supuestos denominados de « omisión por comisión » cuando se varía la situación de peligro inicial, ya que entonces sí que se tiene que ver con ese nuevo riesgo⁹⁵.

III. El ámbito de protección o alcance del tipo

También sirve como ejemplo la S. T. S. de 22 de diciembre de 1951 (Pte. Castelló) en la que se niega la imputación a título de imprudencia « porque no es culpable de ella el Médico director de un Manicomio, por el solo hecho de la fuga de un enfermo acogido en dicho establecimiento y males que produzca, dado que entre sus funciones específicas no figura el servicio de vigilancia, que como es natural corresponde a otros empleados ». La no imputación del resultado causado por el enfermo fugado del manicomio no tiene que ver con el tipo subjetivo (falta de cuidado) como equivocadamente considera la sentencia, sino con el tipo objetivo (no era garante de controlar al enfermo mental como fuente de peligro).

⁹³ HERZBERG, JA 85, pp. 182 s.; JAKOBS, PG, 7/59 ss., con abundantes referencias, 7/69, 29/30; el mismo, Imputación, p. 32; ROXIN, Engisch-FS, pp. 380 ss.; el mismo, NSTZ 87, pp. 349 s.

⁹⁴ RUDOLPHI, SK, 13/64.

En el texto, por tanto, se le da la razón a un sector importante de la doctrina alemana que relativiza también la distinción ontológica entre « hacer » y « no hacer » en el ámbito de la omisión simple. Los delitos de omisión simple pueden cometerse fenomenológicamente mediante un hacer. Sobre esta cuestión vid. por todos, FRISCH, Verhalten, pp. 132 ss.

⁹⁵ La Jurisprudencia ofrece ejemplos en los que se le imputó a alguien un riesgo y, consiguientemente, un resultado, de forma indebida. Por ejemplo, en la S. T. S. de 7 de octubre de 1953 (Pte. Lozano) se le hace responsable al administrador de la finca de que en la planta baja un traperero hubiera almacenado, sin reunir las condiciones adecuadas, grandes cantidades de películas de celuloide. En la sentencia se afirma que el administrador tenía el deber especial de haber adoptado medidas al respecto. No se puede admitir una imputación de riesgos en supuestos de este tipo afirmando simplemente que « el administrador de la finca no puede reducir su función a mero cobrador de los alquileres, sino que era deber suyo como tal administrador, cuyo deber coincidía en la presente ocasión con otros de verdadera humanidad, haber adoptado alguna medida, desde conminar al otro procesado para que sacase esas materias tan peligrosas, hasta acudir a alguna autoridad de no ser atendido por aquél, hacer algo, en una palabra, y no cruzarse de brazos, en absoluto, y tal proceder omisivo ha de entrar en juego como elemento sustancial en esa sanción de causa o efecto que la imprudencia punible exige ». En este caso se puede apreciar como los criterios formales del art. 11 C. P. no pueden ser suficientes para imputar un riesgo y que debe ser dotados de un contenido material que permita una restricción teleológica que reduzca los peligros de una extensión desmedida de la responsabilidad penal.

1. Con la imputación de un riesgo a una persona se cumple uno de los requisitos de la imputación en el ámbito de los delitos puros de resultado. Pero este problema de la imputación carece de relevancia, en muchas ocasiones, por su obviedad. Aunque no siempre es así, como hemos visto en los ejemplos anteriores. De todas maneras, este requisito sólo cumple un papel cuando nos ocupamos de tipos muy concretos (homicidio, lesiones, daños): aquéllos en los que el legislador no da ningún dato positivo con respecto a los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, sino que sólo los define con referencia a la producción de un resultado. Por el contrario, en los otros tipos de la parte especial, precisen o no de una imputación del resultado, este primer momento carece de relevancia. Así, en otros tipos de resultado, el legislador nos define con varios elementos la frustración (por ejemplo, el tipo de estafa del art. 248 C. P. y la inducción y auxilio al suicidio del art. 143 C. P.). En el resto de los tipos de la parte especial lo decisivo, pues, es determinar cuál es el ámbito de protección o alcance de cada tipo de la parte especial⁹⁶. Esta interpretación teleológica dentro del tenor literal posible del precepto se ve enormemente facilitada cuando el legislador ofrece varios datos como, por ejemplo, características especiales del autor, medios, formas o instrumentos de comisión (delitos con instrumento limitado⁹⁷) que incluso permiten aclarar cuestiones tan problemáticas como si cabe la modalidad omisiva o la autoría mediata, lugar de la comisión (delitos con espacio circunscrito⁹⁸), momento de la comisión (delitos con tiempo circunscrito⁹⁹), etc. Por ejemplo, no existen grandes problema de determinación del alcance del tipo cuando el legislador describe de forma exhaustiva ciertas conductas que califica *per definitionem* como peligrosas (los denominados delitos de peligro abstracto¹⁰⁰). No se puede negar, además, que en un supuesto concurren elementos típicos como ser funcionario o juez, cosas muebles ajenas, simular funciones públicas o acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal con independencia de lo que el autor conozca o quiera. Por tanto, nos movemos en el ámbito del tipo objetivo.

2. La determinación del ámbito de protección o alcance del tipo presupone una decisión político criminal previa: la valoración y ponderación llevada a cabo por el

⁹⁶ R. HASSEMER, Schutzbedürftigkeit, pp. 46 ss., desde una perspectiva distinta.

⁹⁷ RGUEZ. MOURULLO, PG, p. 270.

⁹⁸ RGUEZ. MOURULLO, PG, p. 271.

⁹⁹ RGUEZ. MOURULLO, PG, p. 271.

¹⁰⁰ Estos delitos no suelen plantear problemas de subsunción del hecho en el tipo, sino que los problemas residen en la legitimidad de declarar tales conductas como típicas sin más (vid. por todos, CEREZO, PG, p. 353; RGUEZ. MONTAÑES, Delitos de peligro, pp. 247 ss.). Se trata de un problema político criminal que no afecta a la interpretación del Derecho positivo.

legislador antes de promulgar los distintos tipos penales¹⁰¹ que decide en qué supuestos existen buenas razones para limitar la libertad general de actuación. Esta teoría es hija del carácter fragmentario del Derecho penal: éste no defiende a los bienes jurídicos contra todos los ataques posibles¹⁰². « No todo lo que visto ex ante desde un punto de vista naturalístico supone una ventaja para los intereses de protección de bienes jurídicos justifica una determinada limitación de la libertad de acción »¹⁰³. El ordenamiento penal no tiene como tarea mantener o maximizar bienes intangibles, inmuebles o estáticos o valores sociales, sino favorecer los contactos sociales estabilizando reglas esenciales de convivencia. Esta tarea implica, en muchas ocasiones, asumir la pérdida de ciertos bienes¹⁰⁴. Del carácter fragmentario del Derecho penal se deduce que no es un Derecho erigido para combatir todo tipo de males para objetos materiales de bienes jurídicos¹⁰⁵. «

101 Sobre esta ponderación, AMELUNG, Grundfragen, pp. 88, 92, 94, sumándose a ciertas posiciones de SCHAFFSTEIN; GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit, pp. 169 ss., 179 ss., 183 ss., 199 ss., 205 ss.; KRATZSCH, Verhaltenssteuerung, p. 96.

Sobre el origen de la norma penal como una ponderación de intereses, frente a las concepciones de BINDING y ARM. KAUFMANN, KINDHÄUSER, Gefährdung, pp. 146 ss.

KAUFMANN (Normentheorie, pp. 72 s.) intentó legitimar la norma siguiendo las aportaciones de BINDING (principalmente Normen I, pp. 187 ss.). Éste logró compatibilizar su teoría de las normas con la teoría del bien jurídico que tenía su origen en BIRNBAUM y que pretende legitimar materialmente el *ius puniendi*. KAUFMANN (p. 69) resalta como BINDING fue « el primero que proporcionó al concepto de bien jurídico carta de ciudadanía en la dogmática del Derecho penal ». De esta « función axiológica » del concepto de bien jurídico se ha ocupado en profundidad en nuestra literatura POLAINO, Bien jurídico, pp. 286 ss.

Es cierto que la norma presupone siempre una valoración objetiva (para KAUFMANN la norma de determinación presupone siempre la de valoración referida a los bienes jurídicos que se quieren proteger, ya que las normas de determinación no son más que normas de valoración concebidas imperativamente). Pero a pesar del gran valor de las contribuciones de BINDING y KAUFMANN, estos autores parten de una concepción de las normas de conducta demasiado simple. En la valoración previa a la existencia de la norma que realiza el legislador, no sólo se valoran los bienes jurídicos dignos de protección, sino también otros intereses (primordialmente la libertad de actuación). Esa ponderación de intereses es la que determina el ámbito de protección de la norma, que a fin de cuentas es lo que interesa a efectos de imputación (objetiva). La protección del bien jurídico es el motivo de la aparición de los tipos, pero no determina sin más el alcance del mismo.

Hay que objetarle a FRISCH, Verhalten, pp. 69 ss., 127 ss. y su discípulo FREUND, GA 91, pp. 394 ss. y Erfolgsdelikt, pp. 52, 85 ss., que no distinguen de forma clara entre las ponderaciones y valoraciones previas a la existencia de la norma que le competen al legislador penal y la labor interpretadora de las normas penales que debe realizar el juez (el dogmático). La posición de estos autores tiene como consecuencia que delimiten el alcance del tipo con conceptos vagos: la conducta es típica cuando crea un riesgo que es necesario, apropiado e idóneo prohibir en relación a la protección de bienes y contra esa creación del riesgo es preciso utilizar la pena como medio de lucha necesario, idóneo y adecuado en beneficio de la protección de bienes (FRISCH, Verhalten, pp. 70 ss., 89, 127 ss., 494 y passim; FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 33 ss., 52 ss.).

De acuerdo en la crítica a FRISCH, REYES, Imputación, pp. 108 ss.

102 Por el contrario, el carácter subsidiario del Derecho penal (necesidad de la pena) no tiene nada que ver con la delimitación del alcance del tipo sino con la delimitación del alcance de la pena. Sobre esta cuestión, FRISCH, Verhalten, pp. 139 ss.

103 FREUND, Erfolgsdelikt, p. 62.

104 JAKOBS, ZStW 97, p. 753: « No se puede definir la vida social sólo sobre la integridad de bienes »; el mismo, PG, 2/23, 7/37; SCHLEHOFER, NJW 89, p. 2021.

105 JAKOBS, ZStW 89, pp. 18 s.; el mismo, PG, 2/4, 7/35. Expresamente en contra, LAMPE, ZStW 101, p. 18.

El Derecho penal no es sólo un Derecho de protección de bienes »¹⁰⁶; garantiza la exclusión de ciertos comportamientos de la vida social. El legislador, para evitar que la vida social se entumezca o se entorpezca innecesariamente, no garantiza que nadie va a sufrir perjuicios, sino sólo define los comportamientos que deben ser excluidos de la interacción social. El legislador penal no está obligado a llevar a cabo a cualquier precio su función tuitiva. Sólo se puede asumir una teoría del tipo en el sentido que se defiende en este trabajo a partir de un concepto dinámico y funcional de bien jurídico. Los bienes jurídicos no se fundamentan ontológica, espiritual o metafísicamente¹⁰⁷ como valores absolutos que necesitan una protección absoluta o como imágenes ideales ajenas a la interacción social, sino que su protección sólo tiene sentido en la medida que desempeñan una función en la vida social¹⁰⁸. La concepción del tipo objetivo que se mantiene en este trabajo no tiene nada que ver con el concepto causal de injusto y presupone la « desacralización » y dinamicidad del concepto de bien jurídico. En mi opinión, tiene razón JAKOBS cuando afirma que « una norma no puede proteger un bien contra todos los riesgos, sino sólo contra aquéllos que no son consecuencia del contacto social permitido. Pero la doctrina de los bienes no puede explicar lo que es un contacto social permitido »¹⁰⁹.

Desde el punto de vista que a nosotros nos interesa, la cuestión del alcance del tipo no es más que un problema de adecuación típica, aunque de acuerdo con un método teleológico. Se trata de determinar si, en principio, el supuesto de hecho que se ha producido en la realidad es subsumible en alguno de los tipos recogidos en el C. P. porque reúne sus requisitos objetivos. En palabras de ROXIN¹¹⁰, « se debe entender la interpretación teleológica en Derecho penal no, como normalmente sucede, como interpretación del bien jurídico protegido, sino como una interpretación del ámbito de protección del correspondiente tipo penal ».

¹⁰⁶ FRISCH, Verhalten, p. 77. En la misma línea, DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 178; REHBERG, Risiko, p. 152. También se puede formular como ENGISCH, Kausalität, p. 1, nota 1: « el Derecho penal es un Derecho de protección, pero un Derecho de protección de determinada clase, a diferenciar de la pura seguridad ».

¹⁰⁷ Por ejemplo, como se entendía el concepto liberal de bien jurídico: « algo independiente del Derecho positivo », previo y al que el legislador se encuentra vinculado en su actividad (cfr. RUDOLPHI, Honig-FS, pp. 156 s.). En esta concepción propia, por ejemplo, de la visión del injusto que tenía v. LISZT, el legislador no reconoce qué intereses sociales merecen protección y en qué medida, sino que descubre en la naturaleza de las cosas lo que tiene que proteger.

¹⁰⁸ KINDHÄUSER, Gefährdung, pp. 137 ss. (vid. especialmente p. 144, nota 24); OTTO, PG, 1 II 3; ROXIN, Klug-FS, p. 307.

¹⁰⁹ PG, 2/23. RUDOLPHI, Honig-FS, p. 162: « Con la caracterización del bien jurídico como estado valorado todavía no se ha encontrado lo esencial ».

¹¹⁰ PG, 10/56. En sentido similar, SCHÜNEMANN, Schmitt-FS, pp. 128 s.

3. En los delitos puros de resultado una interpretación teleológica de acuerdo con el tenor literal de los tipos tiene una gran dificultad, ya que el legislador no dice mucho. No es tan fácil, por ejemplo, llegar en el homicidio a la evidente conclusión que nos ofrece la redacción del tipo de amenazas: el significado del término tiene un alcance más restringido que el coloquial. Por ello la interpretación tiene que tener un carácter negativo. Más bien hay que precisar qué conductas no suponen de forma clara matar o causar una lesión a otro aunque exista algún tipo de relación causal entre una persona y un resultado lesivo. Esta ha sido una de las tareas que ha intentado llevar a cabo la « teoría de la imputación objetiva » en sus diversas variantes. Por esa razón siempre se ha entendido la « imputación objetiva » como un conjunto de filtros objetivos que limitan la responsabilidad por la causalidad. En mi opinión, no cabe duda de que hay dos modalidades de comportamiento que no se pueden calificar como matar a otro o causarle una lesión: favorecer, facilitar o motivar que otra persona mate o lesione o favorecer, facilitar o motivar autolesiones o autopuestas en peligro. Hasta aquí hemos desarrollado los presupuestos positivos necesarios para determinar la existencia de un riesgo e imputar objetivamente dicho riesgo a una persona. Sin embargo, el concepto de riesgo típico subsumible en los tipos de homicidio o lesiones sólo se puede determinar de forma negativa debido a la amplitud con la que están formulados los delitos puros de resultado.

Evidentemente, si se define el tipo objetivo de los delitos puros de resultado haciendo referencia sólo al bien jurídico protegido, sin tener en cuenta ningún otro criterio para la determinación del alcance de lo típico, la relevancia jurídico-penal de todo comportamiento depende sólo de la posición personal del autor frente a la lesión o posible lesión del bien jurídico, como defienden los partidarios de la teoría de las normas de ARMIN KAUFMANN. Pero como veremos hay que tener en cuenta más datos para la determinación del ámbito de protección de los tipos penales, al igual que pasa con el resto de los tipos. Por ejemplo, para que exista una estafa no basta la intención de perjudicar el patrimonio de otra persona, sino que hay que utilizar engaño bastante para producir error en otro.

IV. El favorecimiento de realizaciones del tipo

1. Es evidente que el que ayuda a otro a que mate no mata¹¹¹. Formulado de forma

¹¹¹ GIMBERNAT, Autor, p. 220: « Respecto de los delitos de resultado quiero destacar aquí algo que habrá que tener constantemente presente en todo lo que se diga a continuación. A tales delitos se les acostumbra a caracterizar por la circunstancia de que en ellos lo que se prohíbe es únicamente la causación de un resultado. Cuando el legislador tipifica el « incendiar » o el « matar », mucho más que la actividad concreta que conduce al resultado, le interesa prohibir la producción del resultado incendio o muerte. Aunque en lo que sigue vamos a referirnos a estos delitos diciendo de ellos que consisten en la causación de un resultado, ello no significa, en absoluto, que la colocación de cualquier condición de muerte o del incendio sea subsumible directamente en el tipo y que, por tanto, el que la coloca es autor en sentido

general, el que ayuda a otro a crear un riesgo no lo crea. Ello no significa que esa conducta sea penalmente irrelevante, sino que su desvalor penal no se deduce directamente de la regulación de la parte especial y es preciso acudir a ciertas normas complementarias de imputación recogidas en los arts. 27 ss. C. P.¹¹² Este apartado del trabajo se va a desarrollar en tres grandes bloques:

a) La posibilidad de la delimitación entre autoría y participación en el delito imprudente. Es necesaria alguna observación al respecto ya que relevantes penalistas niegan tal posibilidad y consideran que el delincuente imprudente responde siempre sólo como autor.

b) La posibilidad de que determinadas conductas que fenomenológicamente se pueden entender como favorecimientos adquieran el significado objetivo de matar o causar una lesión y que, por ello, no sea preciso acudir a los arts. 27 ss. C. P. para fundamentar la responsabilidad penal.

c) La posibilidad de encontrar límites objetivos a una responsabilidad penal que no tenga en cuenta más que datos causales y que alcance a toda aquella persona que, de un modo u otro, haya favorecido, facilitado o motivado un delito.

esticto. Es obvio que no mata el que entrega la soga (aunque esa actividad sea condición del resultado), sino el que la emplea para estrangular; y que no incendia el que convence a un sujeto plenamente responsable para que lo haga, sino el que, en este caso, realiza materialmente el incendio »; MIR, Adiciones al Tratado de Jescheck II, pp. 914 s.

¹¹² Esta afirmación supone, desde luego, asumir un concepto restrictivo de autor, tal y como, por ejemplo, lo ha definido DIAZ, Autoría, p. 42, en nuestra doctrina: « el concepto restrictivo de autor parte de la existencia de diferencias objetivas entre la conducta del autor y la del partícipe. Autor sólo podrá ser aquel en quien concurren todos los elementos de la descripción típica; si no existieran normas que castiguen la participación, ésta tendría que ser necesariamente impune, por lo que tales normas son causas de extensión de la punibilidad ».

Sobre la estrecha relación entre la adopción de un concepto extensivo-causal o restrictivo de autor, y la polémica entre las teorías de la interpretación extensivo-causal o restrictiva de los tipos, DIAZ, Autoría, pp. 253 ss. Vid. también BLOY, *Beteiligungsform*, p. 252, que considera que las reglas de participación no extienden la punibilidad de una prohibición ya existente, sino que crean una nueva prohibición; ENGISCH, *Kausalität*, pp. 82 ss.; GLEZ. RUS, Autoría, pp. 88 s.; GOMEZ BENITEZ, PG, p. 119; LAMPE, ZStW 71, pp. 613 s.; MIR PUIG, PG, pp. 387, 392, que diferencia entre tipos previstos en la parte especial y tipos definidos en la parte general; RUIZ ANTON, CPC 80, pp. 49 s., 64; SCHMIDHÄUSER, *Stree/Wessels-FS*, p. 347; WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 285.

Ciertos autores (evidente en FRISCH, *Verhalten*, pp. 244 ss., en especial p. 302; ROXIN, *Salger-FS*, pp. 133 s.) se refieren a la participación en los delitos de resultado como creación de un riesgo desvalorado o creación de un riesgo no permitido por los tipos de participación. Sin embargo, en los tipos de resultado los cooperadores e inductores nunca crean riesgos, porque sino serían autores. Los partícipes sólo favorecen, facilitan o motivan la aparición de un riesgo. En general sobre esta cuestión, en el mismo sentido, JAKOBS, GA 96, *passim*.

Sobre la estrecha relación entre la teoría de la autoría y participación y la « imputación objetiva » (de una conducta ajena), MAIWALD, *Miyazawa-FS*, p. 480; SCHMOLLER, ÖJZ 83, p. 338 y *passim*.

IV.A. La participación imprudente

1. Es preciso, en primer lugar, hacer alguna referencia sobre si es posible que varias personas realicen un delito imprudente conjuntamente o no. Este análisis es necesario ya que ciertos autores niegan tanto la posibilidad de una coautoría como de las diversas formas de participación en el delito imprudente. En este trabajo no me puedo detener en la problemática de la distinción entre coautor en sentido restrictivo y partícipes (complicidad, cooperación necesaria, inducción). Es un problema que debe ser tratado en una monografía especializada¹¹³. Lo que me interesa es llegar a la conclusión de que en el delito imprudente, al igual que en el doloso, se le puede imputar un riesgo a un colectivo, que cabe la distinción entre autores y partícipes (diversos grados de responsabilidad por un hecho) y que tanto el delito doloso como el imprudente tienen una problemática común en el ámbito de la participación con respecto al ámbito de protección de la norma: qué personas entran a formar parte del colectivo al que se le imputa un riesgo como partícipes y a qué personas no les alcanza la responsabilidad penal. Esta última cuestión será tratada como un problema de « prohibición de regreso de la responsabilidad penal » en el apartado IV.C.

2. De nuestra regulación positiva (especialmente arts. 27 ss. C. P.) no se puede deducir la imposibilidad de que se pueda participar en un hecho imprudente de diversas formas: como coautor, como cómplice, como cooperador necesario o como inductor. En mi opinión, no existe ningún motivo para entender que las distintas modalidades de responsabilidad criminal contempladas en la parte general del C. P. (arts. 27 ss.) son sólo válidas para el delito doloso y no se refieren al delito imprudente. Las diversas formas de participación, como todas las modalidades de imputación jurídico-penal, tienen unos requisitos objetivos y unos requisitos subjetivos que se examinan una vez constatadas dichas exigencias objetivas. En sede del tipo objetivo no existe ningún problema para que

¹¹³ Aunque, en mi opinión, no es preciso acudir a criterios distintos en uno y otro ámbito. En el mismo sentido, SEEBALD, GA 64, p. 170. Sin embargo, de una cosa estoy seguro, el problema de la delimitación entre autor en sentido restrictivo y partícipes en sentido estricto es una cuestión estrechamente relacionada con el ámbito de protección de los tipos de la parte especial. Por ello no me parece correcto el criterio propuesto por LUZON, Derecho Penal de la Circulación, pp. 120 ss. y PG, pp. 384 s., de la determinación objetiva del curso causal productor del resultado. Con esta teoría se recae de nuevo en una visión naturalista de la imputación jurídico-penal. Sólo los tipos nos ofrecen criterios de delimitación válidos. Se trata de ver si una determinada conducta se puede entender como matar, o nada más que como favorecer o facilitar que otro mate. Sin embargo, comparto plenamente la idea de LUZON desarrollada por su discípulo DIAZ, Autoría, pp. 688 ss., de que la distinción entre autor en sentido restrictivo y partícipes en sentido estricto es un problema del tipo objetivo (dominio objetivo y positivo del suceso típico). En el mismo sentido, GLEZ. RUS, Autoría, pp. 86 ss.; PAREDES, El caso de la colza, pp. 148 ss. Insiste también en que la delimitación de los tipos de autoría y participación es un problema del tipo objetivo, SCHMOLLER, ÖJZ 83, p. 379.

un riesgo no se impute sólo a una persona, sino a un colectivo. Toda acción humana no tiene que interpretarse sólo como obra individual (como si se tratara de un solista musical), sino que puede entenderse también como una obra colectiva (como si se tratara de una orquesta o grupo coral). A ello estamos acostumbrados en la vida cotidiana: películas, obras de teatro, equipos deportivos que ganan competiciones, etc. Así, por ejemplo, un coche supone el producto del trabajo de toda una empresa (varias personas). Si un coche sale defectuoso y es peligroso para sus ocupantes debido a una actuación imprudente de toda una empresa o de varias personas de la misma ese riesgo también supone el producto del trabajo de varias personas. En el marco del tipo objetivo lo que nos interesa, pues, es si existen riesgos distintos cada uno imputable a una persona o un único riesgo imputable a varias personas (un colectivo de imputación). Tanto la coautoría como la participación (en la que impera el principio de accesoriedad) son supuestos de comisión conjunta de la conducta típica en régimen de comisión de tareas (bien de forma coincidente, paralela, concurrente o sucesiva). Los tipos de la parte especial no describen sólo sucesos individuales, sino sucesos que pueden ser realizados por un grupo de personas. La realización colectiva de un hecho típico ha de entenderse como si hubiera sido realizada por un solo hombre¹¹⁴.

3. La doctrina mayoritaria de nuestro país y la Jurisprudencia aceptan hoy en día las diversas formas de codelincuencia en el delito imprudente¹¹⁵. Muchas de las posiciones

¹¹⁴ Así, por ejemplo, en el marco de la coautoría, se ha extendido la idea de que se trata de supuestos de « dominio funcional del hecho » en los que hay un reparto de funciones: GALLAS, *Beiträge*, p. 103; JESCHECK, PG, 61 V 3 b); MAURACH/GÖSSEL, PG, 49/5 ss.; ROXIN, *Täterschaft*, p. 277; el mismo, LK, 25/153; STRATENWERTH, PG, num. margs. 807 s.

BLOY, *Beteiligungsform*, p. 369, considera que « la idea de la división de tareas es demasiado global como para poder describir por sí sola la coautoría de forma suficiente. También entre autor principal y cooperador puede existir una división de tareas ». En un sentido similar, DIAZ, *Autoría*, p. 652; JAKOBS, *Imputación*, pp. 146 ss.; LESCH, *ZStW* 105, p. 274; SCHMIDHÄUSER, PG, 14/15, 17.

¹¹⁵ ANTON ONECA, PG, p. 428: « si en el delito culposo hay una acción voluntaria, aunque no lo sea el resultado, cabe el concurso de voluntades »; COBO/VIVES, PG, p. 577; CORCOY, *El delito imprudente*, p. 345: « la intervención de varios sujetos en la comisión de un hecho delictivo es común en los delitos dolosos e imprudentes »; CORDOBA, *Nota 8 al Tratado de Maurach II*, p. 330, con referencias jurisprudenciales; DIAZ, *Autoría*, p. 656, nota 388, se refiere sólo a la coautoría; GLEZ. RUS, *Autoría*, pp. 100 ss., 124; GLEZ. SOLER, *Homicidio*, pp. 102 s.; JORGE BARREIRO, *Imprudencia*, p. 126, con respecto a la coautoría imprudente; el mismo, *Omisión*, p. 238, con respecto a la participación en el delito imprudente; LUZON PEÑA, PG, pp. 509 s., con respecto a la coautoría; MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jescheck II*, pp. 914 s.; el mismo, PG, pp. 397 s., 421, 426; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, pp. 627 ss.; PEÑARANDA, *Participación*, pp. 293 s.; QUINTANO, *Culpa*, pp. 327 ss., con amplias reticencias y más referencias doctrinales y jurisprudenciales a favor y en contra; el mismo, *NEJ IV*, pp. 227 s.; RGUEZ. DEvesa, PG, p. 519, con amplias referencias doctrinales; RGUEZ. MOURULLO, *Comentarios*, pp. 814 ss., 881, con más referencias jurisprudenciales; el mismo, ADP 69, pp. 477 ss., con más referencias jurisprudenciales; SILVA, ADP 87, p. 469, nota 76. Más referencias en CUERDA, ADP 92, p. 503, nota 46. En Argentina, SANCINETTI, *Teoría*, pp. 287 ss.

En contra, ARROYO, *Seguridad en el Trabajo*, p. 207; QUINTERO, PG, pp. 486 s., 497, 498 ss. que convierte al partícipe imprudente en autor imprudente y niega la posibilidad de la participación dolosa en un hecho culposo, ya que según este autor el delito imprudente se caracteriza por su « naturaleza

personalísima » que sólo hace concebible la autoría, siendo imposible la participación, llegando a la conclusión de que « nada impide, pues, apreciar tantas autorías imprudentes como personas hayan dado lugar a la producción del resultado infringiendo cada uno la norma de cuidado general y personal »; TORIO, L-H Menéndez, p. 5187: « Los delitos imprudentes son en principio incompatibles con la noción de codeinfluencia. Esta exige un proyecto común dirigido a la realización del delito, es decir, una dolosa voluntad común, que por definición no puede presentarse en el delito culposo. La acción de cada sujeto debe, pues, ser objeto de consideración aislada, lo que conducirá a la estimación de autoría independiente ».

LUZON, Derecho Penal de la Circulación, pp. 79 s., 89 s., 92 ss., 107 ss. y PG, pp. 384 s., 392, 507 ss., con amplias referencias jurisprudenciales y doctrinales en uno y otro sentido, defiende, con base en su teoría de la « determinación objetiva del hecho », una posición particular. Admite la distinción entre autores y partícipes en el ámbito del delito imprudente, pero, partiendo de que la participación tiene un carácter ampliatorio de la punibilidad, llega a la conclusión de que los supuestos de participación imprudente deben quedar impunes, « pues aunque es conceptualmente posible la participación imprudente en el hecho imprudente, no está legalmente prevista su punición ». Las razones que ofrece LUZON para tal conclusión son las siguientes: 1) Las causas de ampliación de la punibilidad como las reglas de participación o de las formas imperfectas de ejecución van referidas únicamente a los delitos dolosos; 2) verbos como inducir o cooperar a la ejecución del hecho conllevan en su significado únicamente la comisión dolosa; 3) argumentos gramaticales que ya carecen de validez debido al cambio en la regulación de la imprudencia. La posición de LUZON ha tenido eco en nuestra doctrina más moderna: CORCOY, El delito imprudente, p. 540, parece admitir la posición de LUZON; DIAZ, Autoría, pp. 283, nota 94, 631 ss., 691, admite en su totalidad la posición de su maestro; JORGE BARREIRO, Imprudencia, pp. 124, 135, también se adhiere a la posición de LUZON, considerando, además, que « ha de profundizarse en la teoría del dominio objetivo o del dominio sobre el proceso causal como categoría utilizable, en los delitos imprudentes, para determinar la autoría imprudente »; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 348 s., en contra; RGUEZ. MONTAÑES, EJB, p. 3377, admite la posición de LUZON; SILVA, ADP 87, p. 469, nota 76, afirma que a pesar de admitir la distinción entre autoría y participación en el ámbito del delito imprudente, personalmente todavía no está completamente convencido de la impunidad de ésta última, aunque, como veremos, ha cambiado recientemente su posición.

La propuesta de LUZON no es asumible, aunque sea más coherente que la de aquéllos que quieren convertir en el delito imprudente la participación siempre en autoría. Y es todavía menos asumible con el nuevo C. P. al desaparecer su interpretación gramatical basada en el antiguo art. 565 C. P. Sin este respaldo gramatical los dos primeros argumentos de LUZON inspirados en el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal son más una propuesta político criminal (*lege ferenda*) que una interpretación dogmática del Derecho positivo (*lege lata*). No cabe duda que de *lege ferenda* cabe plantearse si un mayor alejamiento de la realización del tipo (participación en lugar de autoría) debe conllevar una mayor exigencia con respecto a los requisitos subjetivos de la responsabilidad por participación y castigar sólo los supuestos dolosos. Pero de nuestra actual regulación no se puede deducir que facilitar una pistola al autor de un delito de forma dolosa sea un hecho delictivo, pero hacerlo con base en una imprudencia grave no es un ilícito penal. Una distinción basada sólo en el dato subjetivo de si concurre dolo o imprudencia no se puede admitir, porque terminos como inducir o cooperar no implican una determinada finalidad o intención. El art. 27 C. P. tiene validez también para los tipos imprudentes, y establece que para todos los delitos y faltas no sólo son responsables criminalmente los autores en sentido estricto, sino también los inductores, cooperadores y cómplices. Sería absurdo que con base en el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal se castigara la complicidad en las faltas que son infracciones que tienen contemplada una pena leve y no se admitiera la complicidad en delitos que, como el art. 142, pueden ser sancionados con una pena de prisión de hasta 4 años. Las consideraciones basadas en el principio de intervención mínima se quiebran si se admiten las reglas de participación para las faltas pero no se admiten para infracciones penales de mucha mayor gravedad. Además, basar la menor gravedad del injusto sólo en el dato subjetivo, es propio de una concepción subjetivista que no es compartida por la doctrina mayoritaria ni por el propio LUZON. La gravedad del injusto depende tanto de aspectos subjetivos como de aspectos objetivos, y, por ello, nuestro C. P. tiene contemplada una mayor pena para ciertos hechos imprudentes que para ciertos hechos cometidos dolosamente. Cualquier consideración político criminal debe tener en cuenta esta opción político criminal del Derecho positivo.

LUZON PEÑA, PG, p. 507 y SILVA, Revista del Foro canario 94, p. 52, han añadido otro argumento para defender la impunidad de la participación imprudente a partir de la introducción de un sistema de *numerus clausus* en el C. P.. Este último autor, por ejemplo, argumenta que « con la introducción de un sistema de *numerus clausus* parece inevitable la solución de que las formas de participación, al no haberse tipificado en su modalidad imprudente, pueden sólo cometerse a título de dolo,

y eso para cualquier delito, de modo que la participación por imprudencia es impune por atípica. El Código penal, al adoptar un sistema de *numerus clausus*, tipifica sólo formas imprudentes de autoría de determinados delitos. Esta consecuencia [...] parece difícilmente eludible ». En mi opinión, esta consecuencia es sólo difícilmente eludible si se considera que las formas de participación se pueden construir sin hacer ningún tipo de remisión a la parte especial. Es decir, que existe un delito de cooperación, de inducción o de complicidad. Pero como señala QUINTERO, PG, p. 486, « se trata de una tipicidad accesoria compuesta por la combinación de las reglas generales de incriminación de la participación (arts. 27 y ss. del CP) con la respectiva figura del delito ». Aunque QUINTERO también se plantea dudas sobre el alcance del art. 12 (p. 500). Por ello el argumento de LUZON PEÑA y SILVA es un argumento muy serio, a tener en cuenta, pero no creo que quede otra alternativa que negar la punibilidad de la participación imprudente. Como señala QUINTERO, PG, p. 497, « se trata de una conclusión interpretativo-dogmática, pero no tajantemente impuesta por el derecho positivo ». Sobre todo si la alternativa es una alternativa de tan dudosa legitimidad dogmática y político criminal como « la adopción de un concepto unitario de autor en la imprudencia » u « otras soluciones alternativas », como toma SILVA en consideración. De acuerdo con los principios generales del C. P. y de acuerdo con una buena lógica que tenga en cuenta los diversos niveles de responsabilidad en un hecho, es preciso diferenciar entre causar un resultado típico como autor, autor mediato o coautor o causar un resultado típico como partícipe. Además no hay que olvidarse que el art. 28 no sólo define las diversas formas de participación, sino que define lo que hay que entender por autoría, autoría mediata y coautoría. Y esas definiciones generales son vinculantes también en los supuestos de imputación a título de imprudencia. Si el C. P. define al autor como el que realiza el hecho por sí solo, para afirmar una autoría imprudente es preciso tener en cuenta que una persona ha realizado el hecho por sí sola. Además hay que señalar que las reglas generales o modalidades de imputación recogidas en el Libro I son igual de válidas para los delitos dolosos e imprudentes, salvo que la ley disponga lo contrario. El art. 12 se refiere únicamente a la parte especial. Sería evidentemente absurdo pensar que el art. 12 tiene como consecuencia que la parte general (Libro I) no es aplicable al delito imprudente. Además, es muy peligroso decidir qué reglas generales de imputación sólo son válidas para los delitos dolosos sin fijar cuál es el criterio general para tal distinción. Por ejemplo, de acuerdo con los argumentos de SILVA, y LUZON, el art. 11 C. P. no debería ser tenido en cuenta para los supuestos imprudentes. Es decir, no cabría la comisión por omisión en el delito imprudente. Esta conclusión conduciría no sólo a importantes lagunas punitivas incomprensibles, sino también a conclusiones absurdas. Por ejemplo, en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo la puesta en peligro de los trabajadores sería un hecho penalmente relevante (art. 316), pero no así la lesión de los mismos, por no poderse tener en cuenta los requisitos de la comisión por omisión. El art. 12 C. P., pues, es una regla general que se refiera a la parte especial.

Lo que no cabe ninguna duda, es que si en un delito no se contempla la autoría imprudente, no será penalmente relevante la participación imprudente. Donde no se pena lo más, no se debe penar lo menos. Así, si alguien imprudentemente abandona un arma de fuego y con ese arma se realiza un homicidio, la conducta del abandono será penalmente relevante. Por el contrario, si se utiliza el arma para realizar un robo o cualquier otro delito que no contemple la punición de la modalidad imprudente, el favorecimiento de ese delito carecerá de relevancia para el Derecho penal.

Estoy de acuerdo, sin embargo con LUZON, PG, p. 509, cuando afirma que cabe la participación dolosa en un hecho principal imprudente, puntualizando que « pese a que por la accesoriedad el marco penal será el mismo que el del hecho principal imprudente, la existencia de dolo en el partícipe puede aconsejar en la determinación de la pena imponerla en cuantía más elevada que la del autor imprudente ».

Con respecto a la aceptación de las diversas formas de delincuencia por parte de la Jurisprudencia: SS. T. S. de 5 de julio de 1961 (Pte. López Ortiz); 20 de mayo de 1970 (Pte. Riaño); 4 de noviembre de 1971 (Pte. Escudero); 25 de febrero de 1974 (Pte. Díaz Palos), admitiendo la inducción en el ámbito de la delincuencia imprudente; 5 de marzo de 1974 (Pte. Escudero); 14 de marzo de 1974 (Pte. Casas); 29 de noviembre de 1974 (Pte. Escudero); 17 de febrero de 1976 (Pte. Sáez): « se abrió camino en nuestro acervo jurisprudencial la posibilidad de « codelincuencia culposa » que es noción enteramente distinta de la « concurrencia culposa » en que varios, sin previa conexión ni acuerdo, por espectivas acciones imprudentes u omisiones negligentes concurren y colaboran a la producción del resultado lesivo »; 23 de febrero de 1978 (Pte. Vivas); 18 de noviembre de 1978 (Pte. Gómez de Liaño); 16 de noviembre de 1979 (Pte. Díaz Palos); 5 de diciembre de 1979 (Pte. García Miguel); 11 de julio de 1980 (Pte. García Miguel); 6 de octubre de 1980 (Pte. Gil); 21 de noviembre de 1980 (Pte. Gómez de Liaño); 10 de abril de 1981 (Pte. Moyna); 22 de junio de 1982 (Pte. Díaz Palos); 22 de diciembre de 1984 (Pte. Vivas); 27 de mayo de 1985 (Pte. Moyna). La S. T. S. de 12 de diciembre de 1967 (Pte. Espinosa) es una sentencia curiosa, en la que se declara la existencia de una coautoría en un delito de apropiación indebida, en la que uno de los coautores responde por dolo y el otro por imprudencia.

contrarias que se pueden encontrar en la literatura no se basan en la regulación positiva, sino que llegan a esa conclusión a partir de la asunción de la « teoría del dominio del hecho »¹¹⁶ como criterio básico para delimitar la autoría de la participación. La defensa de esta teoría conlleva (de forma consecuente) para ciertos autores la negación de la codelincuencia imprudente¹¹⁷. WELZEL, con su « teoría del dominio del hecho » desarrollada principalmente por GALLAS y ROXIN¹¹⁸, consiguió superar las viejas

Sin embargo, otras sentencias niegan la posibilidad de una codelincuencia imprudente. Por ejemplo, la S. T. S. de 11 de octubre de 1979 (Pte. Gómez de Liaño) afirma: « Los principios básicos de la codelincuencia dolosa no son susceptibles de aplicación, y, por ello, en el supuesto de múltiples concausas determinantes del resultado, cada una de sus actividades o conductas debe ser examinada de modo independiente para su calificación jurídica ». Aunque no debe obviarse la influencia que en esta posición tiene la visión de este magistrado del delito imprudente como un *crimen culpa*.

La doctrina italiana mantiene la misma posición. Ello es debido a que el Derecho positivo (art. 113 C. P. italiano) así lo impone, aunque no esté exento este artículo de críticas políticas criminales por parte de la doctrina italiana (cfr. FIANDACA/MUSCO, PG, pp. 419 ss.; MANTOVANI, PG, pp. 509 ss.). La polémica está planteada con respecto a la participación imprudente en el delito doloso, sobre la que el C. P. italiano no se pronuncia.

¹¹⁶ Sobre la interrelación entre las distintas teorías sobre el fundamento de la autoría y el tratamiento de la codelincuencia imprudente, cfr. WEHRLE, *Regressverbot*, pp. 9 ss.

¹¹⁷ En nuestro país la doctrina ha rechazado la « teoría del dominio del hecho » por conducir a un concepto-causal de autor en el ámbito del delito imprudente. Como ha señalado RGUEZ. MOURULLO, ADP 69, p. 478, la principal consecuencia práctica del rechazo de la « teoría del dominio final del hecho » es que no se desemboca inevitablemente a un concepto extensivo de autor en el delito imprudente y posibilita tener en cuenta el instituto de la autoría mediata en el delito imprudente. Las críticas capitaneadas por JIMENEZ DE ASUA, JORGE BARREIRO, LUZON PEÑA, MIR PUIG, RGUEZ, MOURULLO y RGUEZ. MUÑOZ sobre las consecuencias de la « teoría del dominio del hecho » en el ámbito del delito imprudente han tenido su réplica en dos defensores de la « teoría del dominio del hecho »: CEREZO, *Problemas fundamentales*, pp. 169 ss., 173 ss. y GOMEZ BENITEZ, ADP 84, pp. 120 ss., 123 ss.

Recientemente, ha argumentado desde la perspectiva de la « teoría del dominio del hecho », de la GANDARA, *Consentimiento*, pp. 141 s., asumiendo sin más la doctrina mayoritaria en Alemania, que parte de una regulación positiva distinta.

Sin embargo, como ha señalado DIAZ, *Autoría*, pp. 561 ss., la « teoría del dominio del hecho » ocupa un lugar privilegiado en nuestra literatura más reciente, recogiendo a todos aquellos autores que, de una manera u otra han aceptado esta teoría. Es llamativo que muchos de los autores recogidos por DIAZ asuman también la posibilidad en nuestro Derecho positivo de una codelincuencia imprudente. Con respecto a la « teoría del dominio del hecho » en la Jurisprudencia más moderna, vid. por todas la S. T. S. de 25 de abril de 1988 (Pte. Bacigalupo).

De la exposición de MIR PUIG, PG, pp. 396 s., deduzco que su búsqueda de una variante de la « teoría del dominio del hecho » denominada como « pertenencia exclusiva o compartida del hecho », se ve motivada por superar los problemas que la « teoría alemana del dominio del hecho » tiene con el delito imprudente. Así, afirma que « los defensores de la teoría del dominio del hecho limitan a los delitos dolosos el ámbito de aplicación de la misma y, con ella del concepto restrictivo de autor. Ello se explica por el sentido originariamente subjetivo de la teoría, vinculado a la idea de finalidad. Sólo en los delitos dolosos puede hablarse de dominio final del hecho típico, mientras que los delitos imprudentes se caracterizan precisamente por la pérdida del control final del hecho. La doctrina dominante alemana maneja, sobre esta base, dos conceptos distintos de autor fundamentado en la teoría del dominio del hecho, y en los delitos imprudentes un concepto unitario de autor que impide distinguir entre autoría y participación. Todo sujeto que cause por imprudencia el hecho será autor ». MIR PUIG, con su rigor habitual, reconoce la validez de las críticas de la doctrina española, las tiene en cuenta a la hora de fabricar la imputación por autoría o participación dentro de su sistema y, a partir de ahí, intenta superar dichas deficiencias de la « teoría del dominio del hecho ».

¹¹⁸ ROXIN, LK, 25/7: « Es autor el que domina la ejecución del hecho, partícipe el que sin dominio del suceso contribuye al hecho ».

teorías subjetivas que prescindían de todos los datos objetivos para fundamentar la autoría¹¹⁹. Pero el error de esta teoría consistió desde un principio en partir de la equiparación de todo juicio objetivo con una mera descripción causal. La consecuencia es que en el delito doloso es el dolo del autor el que determina la responsabilidad criminal, mientras que en el delito imprudente, como todo es causalidad no es posible distinguir ontológicamente entre condiciones más relevantes (autoría) y menos relevantes (partícipe). Por ello en la imprudencia sólo cabe la autoría individualmente considerada. Esta posición, mayoritaria en Alemania, donde impera la « teoría del dominio del hecho », conduce a un concepto extensivo-causal de autor en el ámbito del delito no doloso y a un concepto restrictivo-final de autor (« el que realiza el tipo ») en el ámbito del delito doloso¹²⁰. Por ello la doctrina alemana niega rotundamente la posibilidad de una

119 -----
 Importantes seguidores de la « teoría del dominio del hecho », como MAURACH/GÖSSEL, PG, 47/84 s. o ROXIN, Autoría, pp. 55 ss., por ejemplo, insisten en el dato de que esta teoría supone una superación de los inconvenientes que padecían las teorías anteriores (las causalistas, las objetivo-formales y, especialmente, las subjetivas que eran las mayoritarias en Alemania cuando WELZEL realizó su propuesta). DIAZ, Autoría, p. 689, afirma que « aunque mayoritariamente se considera que el dominio del hecho tiene un carácter objetivo-subjetivo, lo esencial del mismo y lo que (en su versión correcta) lo hace apto para caracterizar la autoría es su aspecto objetivo ». E, incluso, detractores de la « teoría del dominio del hecho » como SCHMIDHÄUSER, Stree/Wessels-FS, p. 354, reconocen el valor histórico-dogmático de esta teoría.

120 Sobre el concepto extensivo de autor y las críticas que ha recibido, DIAZ, Autoría, pp. 253 ss.; PEÑARANDA, Participación, pp. 263 ss.

Sobre la posición de la doctrina alemana dominante, PEÑARANDA, Participación, pp. 270, 272 ss.

Se puede apreciar esta doble concepción de la autoría en: BLOY, Beteiligungsform, p. 124, en sentido crítico; BOCKELMANN/VOLK, PG, 26 II; DACH, NSZ 85, p. 25; GALLAS, Beiträge, pp. 90 s., 95, 143 s.; HERZBERG, Täterschaft, pp. 99 ss.; LAMPE, ZStW 71, p. 612, en sentido crítico; OTTO, JuS 74, p. 705, en sentido crítico; SCHMIDHÄUSER, PG, 14/9; el mismo, Studienbuch, 10/40 s.; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 109 s., con más referencias; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, p. 213; SEEBALD, GA 64, pp. 165, 168, 173, con más referencias; WELZEL, PG, pp. 99 s.

El colombiano REYES, Imputación, p. 327, se adhiere de forma radical a la posición mayoritaria en Alemania, sin dar mayores explicaciones.

ENGISCH, ZStW 66, pp. 385 s., lo había puesto ya de manifiesto: « hoy se da como algo hecho que la distinción entre autoría y participación sólo tiene sentido y fundamento para la comisión dolosa. El concepto extensivo de autor, aquí reprochado, se acepta para la causación imprudente ».

Hay que tener en cuenta al consultar la bibliografía alemana actual, que en el C. P. alemán está excluida tanto la participación imprudente como la participación en hecho principal no doloso. La impunidad de la participación imprudente forma parte de la tradición legislativa alemana (por ejemplo, esta impunidad está recogida en el código prusiano de 1851) y ha sido una opinión dominante en la doctrina alemana desde el S. XIX (cfr. NAUCKE, ZStW 76, p. 433). El código penal prusiano de 1851 recogía expresamente como figuras de peligros abstracto la entrega descuidada de armas de fuego o sustancias venenosas (§ 345 nº 2 y nº 7). De todas maneras, es preciso resaltar la influencia de la « teoría del dominio del hecho » de WELZEL en el proceso de codificación del actual C. P. alemán. ENGISCH, ZStW 66, p. 389 se había opuesto a que la « teoría del dominio del hecho » fuera sumida de forma tan clara por la regulación positiva: « Mi opinión consiste más bien en que el legislador debería, en lo posible, mantenerse alejado de discusiones teóricas, dándole tanto una oportunidad a toda teoría aún presente en la discusión como no interponiéndose en el camino de futuras ideas nuevas ». En nuestro C. P., por el contrario, cabe cualquier tipo de interpretación.

La « teoría del dominio del hecho », de acuerdo con su concepto extensivo de autor para el delito imprudente, ha considerado que en los delitos donde está descrita una acción, como sucede en los delitos de peligro, o donde se recoge algún elemento típico más que la pura casualidad (delitos especiales y de propia mano) sólo puede ser autor el que realiza la acción descrita en el tipo, excluyendo la participación (que

codelincuencia imprudente. Para la doctrina alemana la imputación colectiva sólo se da cuando existe una actuación voluntaria y conscientemente conjunta. Como ya he expresado en este trabajo, la imputación de un hecho típico no se encuentra en el dominio psicofísico de la causalidad¹²¹. No es suficiente ni imprescindible para realizar un tipo lesionar un objeto material de un bien jurídico de forma dolosa-causal. Como se puede apreciar, las consideraciones llevadas a cabo en el capítulo anterior no tenían sólo un interés especulativo, sino que conllevan importantes consecuencias prácticas. Una concepción diametralmente distinta de la teoría jurídica del delito no afecta sólo al todo sino también a cada una de sus partes¹²².

4. La posición contraria a la que se mantiene en este trabajo¹²³ tiene su origen en

conforme al StGB no es punible). El origen de esta posición en WELZEL, *Abhandlungen*, pp. 173 ss. Posteriormente: CRAMER, *Schönke/Schröder*, 25/60; GALLAS, *Beiträge*, pp. 148 ss. (excluyendo la inducción); HERZBERG, *Täterschaft*, pp. 100 s.; SAMSON, *SK*, 25/41, con más referencias; STRATENWERTH, *PG*, n° marg. 1154; WEHRLE, *Regressverbot*, pp. 15 ss., con más referencias. De acuerdo, desde una posición distinta, JAKOBS, *PG*, 21/111. Cfr. MIR PUIG, *PG*, pp. 396 s.; LUZON, *Derecho Penal de la Circulación*, pp. 107 s.; PEÑARANDA, *Participación*, p. 277; RGUEZ, *MOURULLO*, *Comentarios*, pp. 812 ss.; el mismo, *ADP* 69, p. 478. Sobre esta problemática, vid. S. T. S. de 22 de junio de 1982 (Pte. Díaz Palos).

¹²¹ ROXIN, *Täterschaft*, pp. 127 ss. y LK 25/49, considera que el fundamento de la autoría inmediata se encuentra en el « dominio por la acción » como « realización del tipo final-de propia mano », que no tiene nada que ver con un dominio normativo por la responsabilidad tal y como dice expresamente en LK 25/49. El fundamento de la autoría mediata residiría en el « dominio por la voluntad » (*Täterschaft*, pp. 142 ss.).

Esta posición ha tenido diversas variantes que implican materialmente lo mismo:

SCHÜNEMANN, a partir de su fundamentación de la imputación en el dominio actual sobre el fundamento del resultado propone en GA 86, pp. 334, 336, utilizar este principio general como fundamento de todos los supuestos de autoría. Aunque también utiliza la expresión de dominio sobre el decurso de la acción típica (GA 86, pp. 331 ss.). Para SCHÜNEMANN existen dos formas de dominio sobre el fundamento del resultado: dominio sobre una causa esencial del resultado y dominio sobre el desamparo del objeto material del bien jurídico (*Grund und Grenzen*, pp. 229 ss., 281 ss., GA 85, pp. 375 ss. y GA 86, pp. 332 ss.).

OTTO, *Jura* 87, p. 248, se refiere al dominio de un suceso fundamentado sobre el dominio de la voluntad que se manifiesta en el ámbito objetivo.

MAURACH/GÖSSEL, *PG*, 47/85, 89, prefieren referirse a la conducción final del suceso típico, entendiéndolo como un « tener en las manos » el suceso abarcado por el dolo.

DIAZ, *Autoría*, pp. 603 ss., recoge ciertas posiciones que define como versiones « heterodoxas » de la « teoría del dominio del hecho » (BLOY, MIR, LUZON PEÑA, coincidiendo esta última con la suya). Hay que señalar que en España SILVA, *CPC* 89, p. 388, se ha adherido a la posición de su maestro MIR (« dominio del hecho significa, así, para mí, dominio del tipo, pertenencia al tipo, en el sentido de control sobre la relevancia típica del riesgo »). PAREDES, *El caso de la colza*, pp. 148 ss. se ha adherido a la posición de su maestro LUZON con base en el criterio de la « determinación objetiva y positiva del hecho ». GLEZ, *RUS*, *Autoría*, pp. 86 ss. se ha adherido al desarrollo de las tesis de LUZON llevadas a cabo por DIAZ.

¹²² Sobre la relación entre las distintas teorías de la imputación y la fundamentación de la autoría, BLOY, *Beteiligungsförm*, pp. 46 ss.; ROXIN, *Täterschaft*, en los tres primeros capítulos.

¹²³ En España, sobre todo, GOMEZ BENITEZ, *PG*, p. 140; el mismo, *ADP* 84, p. 122: « Lo que ocurre -como se dijo- es que la imputación al autor no se basa en criterios específicos de autoría en los delitos imprudentes -frente a lo que sucede en los dolosos- sino que se consume en la genérica investigación de la imputación al tipo, lo que, como es sabido, es algo muy distinto a la mera investigación de la relación de causalidad. Es decir, que a priori habrá que descartar el criterio del dominio

WELZEL. Por ello es preciso profundizar en su posición para comprender las razones dogmáticas (consecuentes) que se oponen a la toma en consideración de las mismas formas de participación en el hecho criminal en el delito doloso y en el delito imprudente. Aunque WELZEL no fue el primero en utilizar el término de « dominio del hecho »¹²⁴, su propuesta en el manifiesto de su teoría (STUDIEN ZUM SYSTEM DES STRAFRECHTS¹²⁵) supuso la contribución dogmática esencial para que alrededor de este concepto haya terminado girando la discusión moderna sobre el fundamento de la teoría de la autoría y participación¹²⁶. La « teoría del dominio del hecho »¹²⁷ partió desde un principio con un defecto: una radical distinción en los fundamentos de la imputación entre los « tipos finales » y « los tipos imprudentes de causación »¹²⁸. De esta manera dolo e imprudencia ni siquiera tenían un mínimo en común y la « teoría del dominio del

del hecho (en cualquiera de sus formulaciones) para la comprensión de la autoría imprudente, siendo, por el contrario, definitorio el punto de vista de la « realización evitable del riesgo no permitido ». Autor es, pues, en el delito imprudente « todo aquel que, lesionando el cuidado necesario en el tráfico, contribuye a la realización del tipo, para lo que hay que tener en cuenta que, ya que no se trata de delitos de mera causación de un resultado, habrán de realizarse también los elementos de la acción, para ser punible ». No existe diferencia, pues, entre autor y partícipes en el delito imprudente. La autoría es, ya, infracción del deber en el sentido del tipo: todo el que infringe el deber de cuidado -inconsciente o conscientemente- es autor ». GOMEZ BENITEZ aclara como toda « participación imprudente » en hecho doloso es autoría accesoria.

¹²⁴ Cfr. DIAZ, Autoría, pp. 548 ss.; GIMBERNAT, Autor, p. 124; MAURACH/GÖSSEL, PG, 47/86; MIR, PG, p. 394, nota 23; RGUEZ. DE VESA, PG, p. 797; ROXIN, Täterschaft, pp. 60 ss.; el mismo, LK, 25/8.

¹²⁵ Abhandlungen, pp. 159 ss., 181. La postura fue trasladada a PG 1ª, pp. 66 s., y, en lo esencial, se mantuvo hasta la última edición de su manual (p. 99). Cfr. PEÑARANDA, Participación, p. 274.

¹²⁶ Posteriormente, esta posición original de WELZEL fue mejorada por GALLAS (Beiträge, pp. 78 ss., 130 ss.) y ROXIN (Täterschaft, passim). Por ello no se puede hablar de una única « teoría de dominio del hecho » al igual que no se puede hablar de una única « teoría del injusto personal ». Existe una « teoría del dominio del hecho » con un fuerte acento subjetivo (BOCKELMANN, WELZEL) y una « teoría del dominio del hecho » con un claro acento objetivo (GALLAS, MAURACH/GÖSSEL, ROXIN) al igual que existe una « teoría del injusto personal » con un fuerte acento subjetivo y una « teoría del injusto personal » con un claro acento objetivo. Sobre esta doble variante de la « teoría del dominio del hecho »: BLOY, Beteiligungsform, p. 194; JAKOBS, PG, 21/33; OTTO, Jura 87, p. 248; ROXIN, LK, 25/9. CEREZO, Problemas, pp. 176 s., señala como la variante subjetiva de WELZEL es en muchas ocasiones imposible de deslindar de las viejas teorías subjetivas que distinguían autoría y participación en virtud del *animus (auctoris o socii)*.

JAKOBS, PG, 22/12 ss., critica ambas variantes porque « la fuerza sugestiva de los términos « dominio del hecho » o « dominio final del hecho » enmascara que en la delimitación entre autoría y participación se tratan el rango y la graduación de responsabilidades, pero no hechos psíquicos ». JAKOBS apuesta también por una teoría objetivo material, pero prefiere utilizar la expresión configuración del hecho. En PG, 21/49 define su postura: « Configuración del hecho es la determinación del suceso que realiza el tipo en su concreto ocurrir, cómo se realiza desde la acción de ejecución hasta la determinación del autor, del objeto material, de la medida de su lesión, del medio (también en los delitos puros de resultado está prohibido típicamente el medio utilizado in concreto) y, eventualmente, todas aquellas circunstancias que pertenecen al suceso concreto que realiza el tipo ».

También se ha manifestado en contra de la « teoría del dominio del hecho » SCHMIDHÄUSER, que en tiempos recientes ha reiterado sus críticas en Stree/Wessels-FS, pp. 360 ss. y passim.

¹²⁷ WELZEL, Abhandlungen, p. 164: « El autor es dueño sobre el hecho en el que lleva a la práctica finalmente su decisión »; el mismo, PG, p. 100.

¹²⁸ GALLAS, Beiträge, pp. 88, 90 ss., 143 s.; MAURACH/GÖSSEL, PG, 47/4 ss.; WELZEL, Abhandlungen, p. 159; el mismo, PG, pp. 66 s.

hecho » sólo estaba pensada para el delito doloso. En el ámbito imprudente todas las condiciones de resultado son equivalentes, todo es co-causalidad. Desde este punto de vista es imposible distinguir en los tipos imprudentes entre las distintas modalidades de autoría reconocidas para los dolosos y, mucho menos, entre autoría y participación. En palabras de WELZEL, « un concepto unitario de autor para los tipos dolosos e imprudentes es completamente imposible desde un punto de vista dogmático. Se excluyen como dominio del hecho y su contrario: la falta de dominio del hecho »¹²⁹. GALLAS también considera que « en el ámbito de los delitos imprudentes *sólo se puede determinar la autoría causalmente* »¹³⁰. Para los partidarios de la « teoría del dominio del hecho » toda causación imprudente significa autoría, no siendo precisas mayores distinciones¹³¹. Ambos autores consideran que « la autoría imprudente es una autoría de una clase completamente particular y no tiene nada que ver con la autoría final situada en el punto central de la dogmática¹³². Sólo para esta última tiene la teoría de la participación un sentido fundamentado materialmente »¹³³. Toda esta construcción es lógica si recordamos que para WELZEL « el autor imprudente es únicamente una concausa del resultado producido, cuya particularidad frente a cualquier otra causa consiste exclusivamente en que era finalmente evitable »¹³⁴. Y que ello era algo obligado por la « naturaleza lógica o esencia de las cosas », siendo para todo legislador imposible superar tal distinción¹³⁵. Las consecuencias de esta teoría son principalmente dos¹³⁶: la participación dolosa en un hecho principal imprudente sólo se puede entender como autoría mediata ya que el partícipe doloso es el único que, en definitiva, domina actual y fácticamente la situación¹³⁷

129 Abhandlungen, p. 161. En contra, ENGISCH, Kohlrausch-FS, pp. 175 ss.

130 Beiträge, p. 91. Resaltado en el original

131 GALLAS, Beiträge, p. 149; STRATENWERTH, PG, nº marg. 1153.

132 Una vez más aparece la idea del delito imprudente como cuasi-delito.

133 Cita de WELZEL, Abhandlungen, p. 160. Vid. también GALLAS, Beiträge, p. 130, nota 2 y 148 ss., comentando las teorías de BOCKELMANN.

134 Abhandlungen, p. 160.

135 Abhandlungen, p. 161. Cfr. las referencias de ROXIN, Täterschaft, p. 365. De acuerdo con WELZEL, GALLAS, Beiträge, pp. 91, 131.

136 Estas tesis de WELZEL se impusieron 36 años después en la reforma del C. P. alemán de 1975 (cfr. ROXIN, Täterschaft, pp. 552 ss.). Como hemos visto, un autor de la talla de ENGISCH, ZStW 66, p. 389, se opuso a una aceptación tan clara de las tesis de WELZEL. Sobre tales disputas, ROXIN, LK, antes de 25/2. No se puede olvidar que la tradición penal alemana tiene una inclinación hacia el subjetivismo que no se corresponde con nuestra tradición jurídica. En este punto no se puede obviar la influencia de la importante filosofía moral alemana.

137 WELZEL, Abhandlungen, pp. 161, 165; el mismo, PG 1ª, pp. 66, 68 s.; el mismo, PG, p. 102. De acuerdo, GALLAS, Beiträge, pp. 90, 105, 144 s., 148 ss. En la p. 149 especifica su posición: « El que contribuye dolosamente al hecho de una actuación imprudente, es decir, su conocimiento y voluntad se extienden no sólo a la acción imprudente, sino también al resultado típico, es, por consiguiente, autor mediato del correspondiente delito doloso por regla general, no partícipe en un hecho imprudente ». ENGISCH, ZStW 66, pp. 386 ss., matiza con argumentos consistentes la posición de WELZEL y GALLAS, que acabó plasmándose en el Derecho positivo.

En la literatura en lengua española se trata de una posición bastante extendida. Vid. por todos,

y la cooperación imprudente de cualquier clase supone siempre autoría (todo causante es autor individual)¹³⁸. Las versiones del « dominio del hecho » posteriores y menos ontológicas tampoco modificaron estas conclusiones. Ni GALLAS¹³⁹ ni MAURACH/GÖSSEL¹⁴⁰ con su visión más objetiva del « dominio del hecho »¹⁴¹ ni ROXIN¹⁴² con su visión teleológica del dominio del hecho¹⁴³ modificaron este dualismo ontológico. Sin embargo, ROXIN considera posible la distinción entre autoría y participación para los delitos de deber¹⁴⁴ que no tienen nada que ver en su fundamentación con el « dominio del hecho », sino que la autoría se fundamenta normativamente y también es posible, aunque el Derecho positivo lo excluya, tal delimitación en el campo de la imprudencia consciente¹⁴⁵. En tiempos recientes, OTTO¹⁴⁶ ha desarrollado esta idea de que en el ámbito de la imprudencia consciente son posibles las mismas modalidades de codeincuencia que en el ámbito del dolo¹⁴⁷. OTTO convierte

GOMEZ, Inducción, pp. 370 ss., con más referencias.

Expresamente en contra, LUZON PEÑA, PG, p. 509; QUINTANO, Culpa, p. 338.

¹³⁸ GALLAS, Beiträge, p. 91.

¹³⁹ Beiträge, p. 95: « Autor de un delito doloso es sólo el que realiza la acción prevista en el tipo, es decir, un acto final con un contenido de sentido determinado; autor de un hecho imprudente es, fundamentalmente, aquél que da lugar, imprudentemente, a una condición de resultado típico. Sólo es posible una diferenciación entre autoría y participación en el ámbito de los delitos dolosos. El criterio material de esa distinción es el « dominio del hecho » ».

¹⁴⁰ PG, 47/103 s., 107, relativizando ciertas concesiones de ROXIN; 49/107. 47/103: « En la autoría imprudente no tienen lugar todas las formas de autoría que se deducen de un determinado tipo de dominio final del hecho: no es posible la coautoría ni la autoría mediata. Sólo existe el autor individual que actúa inmediatamente - en caso de varios partícipes en la lesión imprudente de un bien jurídico sólo puede existir autoría imprudente accesoria ».

¹⁴¹ Sobre las diferencias entre GALLAS y WELZEL, ROXIN, Täterschaft, pp. 71 ss.

¹⁴² Täterschaft, p. 366, argumenta con respecto a la participación dolosa en un delito imprudente que « en ese caso nos encontramos con un autor que, carente de dominio final sobre el ocurrir del suceso ya no puede ser, conforme a definición, autor; a su lado se encuentra un partícipe que es dueño del hecho y, por ello, de acuerdo con los fundamentos de esta doctrina, no puede ser partícipe bajo ningún concepto ».

¹⁴³ ROXIN, Täterschaft, pp. 319 ss.

¹⁴⁴ ROXIN, Täterschaft, pp. 367 ss., 528; el mismo, ZStW 83, p. 398; el mismo, LK, 25/217 ss. En 25/221, con más referencias jurisprudenciales y doctrinales, acepta la coautoría imprudente en los delitos de deber.

¹⁴⁵ LK, 25/217: « Como regla general, no conoce la ley en los delitos imprudentes una distinción entre autoría y participación. Ya que la realización del tipo va unido la mayoría de las veces sólo a la causación imputable de un resultado, no hay cabida para la participación. Elementos de determinación como los de « dominio del hecho » o « voluntad del hecho » no se tienen desde un principio en consideración porque no existe ninguna relación en los casos más frecuentes de imprudencia inconsciente entre la representación del que actúa y el resultado. En los casos de imprudencia consciente serían posibles mutatis mutandis dichas diferencias; pero como el legislador trata igual la imprudencia consciente que la inconsciente carecen de relevancia para el cumplimiento imprudente del tipo (y, con ello, para una distinción entre autoría y participación) ».

¹⁴⁶ Sobre la participación imprudente: PG, 21 V 4 a), con abundantes referencias sobre la postura contraria mayoritaria en Alemania; Spindel-FS, pp. 272 ss. Sobre la coautoría imprudente: Maurach-FS, p. 104; Jura 90, pp. 48 s., en oposición a una recensión de DONATSCH (p. 47, nota 5) a una sentencia del T. S. suizo; PG, 21 V 4 b); Spindel-FS, pp. 281 ss., con más referencias de la doctrina mayoritaria alemana que mantiene la postura contraria.

¹⁴⁷ La posibilidad de admitir todas las formas de codeincuencia en el ámbito del delito imprudente no

la « teoría del dominio del hecho » en una teoría de la posibilidad de dominio del

es doctrina mayoritaria en Alemania, pero tiene abundantes e importantes defensores, a pesar de la regulación del Derecho positivo alemán. Sobre la distinción entre autoría y participación en el delito imprudente y la posibilidad de cooperar o inducir a la ejecución de un hecho doloso: BINDING, *Grundriß*, pp. 152 s.; el mismo, *Normen IV*, pp. 598 ss., con respecto a la inducción, 626 s., 642, coherente con su idea de que el delito doloso y el delito imprudente tienen un mismo tipo objetivo; el mismo, *Schuld*, pp. 161 s.; BINDOKAT, *JZ* 86, pp. 423 ss.; BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 142 s., 145; BRUNS, *Tatbestand*, pp. 67 ss.; ENGISCH, *Kausalität*, pp. 80 ss., de acuerdo también con su idea de que el delito doloso y el delito imprudente tienen un mismo tipo objetivo; el mismo, *Kohlrausch-FS*, pp. 175 ss.; el mismo, *ZStW* 66, p. 386; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 236, señalando que en el Derecho positivo alemán una diferenciación podría tenerse en cuenta a la hora de determinar la pena; GEERDS, *Jura* 90, p. 174; HÄLSCHNER, *Strafrecht*, pp. 365 s.; JAKOBS, *ZStW* 89, p. 9, nota 27; el mismo, *PG*, 21/112; el mismo, *Imputación*, pp. 167 ss., señalando que, a pesar de que el Derecho penal conozca un concepto unitario de autor, hay que respetar las garantías del principio de accesoriadad y las diferencias entre los distintos participantes deben tener influencia a la hora de determinar la pena; el mismo, *GA* 96, pp. 265 ss., en el mismo sentido; JESCHECK, *PG*, 54 IV y 61 VI, sólo para la imprudencia consciente; LAMPE, *ZStW* 77, p. 297; LESCH, *GA* 94, pp. 117 ss.; MEZGER, *Strafrecht*, p. 422; el mismo, *Wege*, p. 32, expresamente contra la opinión de WELZEL; NAUCKE, *ZStW* 76, pp. 424 ss.; v. QUISTORP, *Grundsätze*, § 56, ya a finales del S. XVIII; SEEBALD, *GA* 64, pp. 163 ss.; SPENDEL, *JuS* 74, pp. 752 s., con más referencias, no acepta la « teoría del dominio del hecho » y, por tanto, tampoco sus consecuencias; WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 283 ss. STRATENWERTH, *PG*, num. margs. 1150 s., acepta, en cierta manera, la posibilidad. Como ha señalado STRATENWERTH, admitir tal posibilidad supondría negar la relevancia penal de la participación imprudente, que es una interpretación posible en el Derecho penal alemán. Es decir, llega a una conclusión similar a la de LUZON PEÑA y su discípulo DIAZ. Lo que sucede es que el criterio de buscar la delimitación entre ámbitos de responsabilidad, al igual que se hace con el principio de confianza, no aporta nada. De acuerdo con este criterio de STRATENWERTH para el delito imprudente, OTTO, *JuS* 74, p. 705 y *Jura* 87, p. 258.

En contra de la posibilidad de una distinción entre autoría y participación en el ámbito del delito imprudente, cfr. la bibliografía que recoge OTTO, *Jura* 90, p. 48, nota 9.

Sobre la coautoría imprudente: BINDING, *Grundriß*, p. 152, admite, al igual que en este trabajo, la combinación de coautores dolosos e imprudentes; el mismo, *Normen IV*, pp. 620 ss.; el mismo, *Schuld*, pp. 161 s., también admite dicha combinación; BINDOKAT, *JZ* 79, pp. 434 ss.; BRAMMSEN, *Jura* 91, p. 537; EXNER, *Frank-FG*, pp. 572 ss.; FRANK, *StGB* 47 III; GOLTDAMMER, *GA* 15, p. 17; JAKOBS, *ZStW* 89, p. 9, nota 27; el mismo, *PG*, 21/112; el mismo, *GA* 96, pp. 265 ss.; LESCH, *GA* 94, pp. 121 s.; MEZGER, *Wege*, p. 32, expresamente en contra de la posición de WELZEL; SCHMIDHÄUSER, *PG*, 14/30, de acuerdo con la argumentación de BINDING; el mismo, *Studienbuch*, 10/68; SEEBALD, *GA* 64, pp. 164, 172.

En el comentario de Schönke/Schröder, que siempre es un buen punto de referencia para conocer el estado de la cuestión en cada época, se puede apreciar como hasta la 7ª ed. era aceptada la posibilidad (47/4, con más referencias de la época) y a partir de la 8ª se considera una posibilidad discutida. En la actualidad, CRAMER (25/101) considera que es algo pensable, pero prescinde de ella por innecesaria.

En contra, cfr. la bibliografía recopilada por OTTO, *Jura* 90, p. 48, nota 7. HERZBERG, *Täterschaft*, pp. 72 ss., con más referencias considera que la coautoría imprudente o bien no es necesaria o bien no es más que una construcción que busca evitar problemas de prueba con respecto a la imputación del resultado. Pero, ¿Porqué no decir de lo mismo en el delito doloso?

En la literatura austriaca, SCHMOLLER, *ÖJZ* 83, p. 345, ha afirmado, contra la opinión de BURGSTALLER y SCHILD más influenciados por la doctrina alemana, que las formas de participación pueden y tienen que ser las mismas en el delito doloso y en el delito imprudente.

JAKOBS, *Imputación*, pp. 165 s., ha atacado esta visión de la doctrina mayoritaria alemana recogida por el Derecho positivo de que sólo se puede delimitar las formas de participación cuando todos actúan dolosamente, aduciendo que « esto constituye un error de carácter psicologizante: no es el dolo de los intervinientes lo que fundamenta que se trate de algo en común, sino el ser competente por lo que acontece, competencia que también puede concurrir faltando el dolo ». Por tanto, JAKOBS no intenta reformular o mejorar la « teoría del dominio del hecho », sino cambiar el fundamento de la imputación en que se basa dicha teoría. En tiempos recientes ha insistido en esta idea, en *GA* 96, pp. 265 ss.

El T. S. japonés reconoce, desde la sentencia de 23 de enero de 1953 la figura de la coautoría imprudente. El caso versaba sobre la venta de bebidas con aproximadamente un 30 % de contenido en metanol por parte de dos personas.

hecho¹⁴⁸. Este autor considera que en la imprudencia se puede dar un dominio potencial del hecho¹⁴⁹, aunque no aporta ninguna explicación que permita determinar cuando algo resulta dominable. OTTO, al igual que otros autores de la talla de ROXIN y JESCHECK, llega a la conclusión de que la imprudencia consciente admite un tratamiento equivalente al del dolo eventual¹⁵⁰. Sin embargo, considera que no hay que replantearse los criterios establecidos para la codelincuencia dolosa, sino que es preciso buscar criterios distintos para la codelincuencia imprudente¹⁵¹. Y en el ámbito de la participación considera, con base en la idea de STRATENWERTH¹⁵² de la delimitación de ámbitos de responsabilidad, que la participación imprudente es impune en el Derecho penal alemán¹⁵³.

148 El concepto de posibilidad de dominar (Steuerbarkeit) es básico para la concepción que tiene OTTO de la imputación jurídico-penal y su fundamentación. Sobre este concepto, Maurach-FS, pp. 95 ss.; JuS 74, pp. 705 s.; NJW 74, p. 532; Jura 92, p. 97; PG, 5 IV 1, 6 II 2 a) y 6 III. De acuerdo con este principio sólo se le puede imputar un resultado a una persona si puede tener algún tipo de influencia con su conducta en la producción del resultado. Se trata, pues, a pesar de lo que diga OTTO, sólo de un principio limitador pero no de un principio fundamentador. Lo decisivo desde el punto de vista de la norma de conducta, no es lo que se puede planificar, sino lo que se debe planificar. Este concepto sólo ha sido asumido como criterio general de la imputación penal por su discípulo BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, pp. 399 s.; el mismo, JZ 89, P. 76. OTTO ha intentado, sin gran éxito entre sus colegas, crear una teoría del tipo combinando el principio de la posibilidad de dominio del curso causal con la teoría del incremento del riesgo de ROXIN: Maurach-FS, pp. 101 ss., NJW 80, pp. 421 s., Jura 92, pp. 96 s. y PG, 6 II 2.

149 De acuerdo, una serie de autores que se han preocupado de la delimitación entre autoría y participación en el ámbito del delito imprudente: BLOY, Beteiligungsform, pp. 142, 227 ss.; BRUNS, Tatbestand, pp. 65 ss.; CORCOY, El delito imprudente, pp. 363 ss.; FRANZHEIM, Teilnahme, pp. 38 ss.; SEEBALD, GA 64, pp. 170 s. En contra, DIAZ, Autoría, pp. 599 ss.; ampliamente, LUZON, Derecho Penal de la Circulación, pp. 113 ss.

150 Jura 90, p. 48. Sobre la cuestión en la doctrina en lengua alemana, cfr. WEHRLE, Regressverbot, p. 13.

151 JuS 74, p. 704; Jura 87, p. 258. En el mismo sentido, su discípulo BRAMMSEN, Jura 91, p. 537; CORCOY, El delito imprudente, pp. 346, 363 ss., busca « criterios propios que permitan adaptarse a las peculiaridades de la codelincuencia imprudente »; HERZBERG, Täterschaft, p. 73, nota 49, que considera que « el eterno contraargumento de que en los supuestos de actuación conjunta imprudente falta la decisión del hecho colectiva (que incluye el resultado) no convence porque se deriva de un concepto de autoría ceñido desde el principio a los hechos dolosos »; STRATENWERTH, PG, nº marg. 1153; WEHRLE, Regressverbot, p. 14.

152 Eb. Schmidt-FS, pp. 390 ss.; PG, nº marg. 1153; Schw. Str. 16/47 ss., aunque en este último trabajo queda más difuminada esta idea. STRATENWERTH también considera que el « dominio del hecho » es un criterio de autoría válido sólo para el ámbito del delito doloso, y que en el ámbito del delito imprudente es más idóneo el concepto de « posibilidad de dominar ». Los criterios de la « posibilidad de dominar » y de la delimitación de ámbitos de responsabilidad con base en el principio de autorresponsabilidad, son los criterios que según STRATENWERTH y OTTO permiten resolver el problema de la codelincuencia imprudente. La imposibilidad de utilizar el « dominio del hecho » (dominio final de la causalidad) en el campo de la imprudencia hace que se utilice un criterio más normativo: la delimitación de esferas de responsabilidad. Tampoco es casualidad que tanto STRATENWERTH como OTTO defiendan que en el delito imprudente la evitabilidad individual determina ya la tipicidad de la conducta. Ello hace que las ideas tradicionales en el ámbito del delito doloso tengan una mayor cabida en el del delito imprudente. La diferencia es que en uno existe una dirección final actual (dominio) y en el otro una dirección final potencial (posibilidad de dominar).

153 OTTO, Jura 87, p. 258.

5. De acuerdo con la posición aquí mantenida, los presupuestos dogmáticos de la « teoría del dominio del hecho » no son asumibles. Tampoco la variante de la posibilidad de dominio. El tipo objetivo del delito imprudente es igual al tipo objetivo del delito doloso. Y éste, en los tipos puros de resultado, no es sólo causación de un resultado, sino imputación de un riesgo que se realiza en un resultado. La posición de la posibilidad de dominio es incompatible con la teoría de los tipos puros de resultado que estoy desarrollando. Como hemos visto, la mera posibilidad psicofísica de evitar un resultado no implica matar, lesionar o dañar. Es preciso tener en cuenta los requisitos objetivos que de forma expresa o tácita exige la norma penal y que no tienen nada que ver con la evitabilidad individual de un proceso causal. La evitabilidad individual opera como límite de la imputación, pero es un concepto pobre, estrictamente negativo, que no puede fundamentar imputaciones de resultados¹⁵⁴. La « teoría del dominio del hecho » también es incompatible con la posición que mantengo, ya que el autor con su dolo o con su no dolo no puede modificar el significado objetivo de su conducta¹⁵⁵. La « teoría del dominio

154 Aunque LUZON, Derecho Penal de la Circulación, p. 118, utilice la expresión « dominio potencial del hecho », creo que mantiene una posición similar a la del texto. Ello se puede comprobar en las siguientes palabras: « En estos supuestos, dada la base objetiva común con la autoría dolosa y para destacar la estrecha vinculación del criterio delimitador de la autoría imprudente con el de la dolosa, puede ser conveniente mantener el concepto [...] de « dominio potencial del hecho », pero como fórmula adicional explicativa del criterio de la determinación objetiva del curso causal provocador del resultado y de que la misma es susceptible, capaz, de transformarse en auténtico dominio del hecho en caso de dolo. Es decir, que no se habla de dominio « potencial » en el sentido de una mera posibilidad -ejercitada o no- de dominar el hecho, sino en el sentido de una determinación objetiva y positiva del suceso, realmente puesta en práctica, y que además podría (tendría la potencialidad de), si el agente tuviera dolo, convertirse en dominación final del hecho en sentido propio. Por tanto, se trata sobre todo de una fórmula heurística y auxiliar para precisar en casos dudosos cuándo se puede afirmar que una conducta imprudente determina objetivamente el hecho: cuando la acción de intervención en el hecho esté configurada de tal manera que en caso de dolo habría habido dominio final del hecho. O sea, y resumidamente: propongo hablar de dominio potencial (como criterio auxiliar para precisar la autoría imprudente) en el sentido de que sólo le falta el dolo para ser auténtico dominio, pero que hay determinación objetiva real (no potencial) del hecho. En una fórmula: determinación objetiva + dolo = dominio del hecho; determinación objetiva (sin dolo) = dominio potencial del hecho ».

Sin embargo, LUZON, utiliza un concepto de autor no doloso que incluye no sólo la imprudencia, sino también los supuestos de caso fortuito o riesgo permitido (cfr. LUZON, Derecho Penal de la Circulación, p. 128). Pero, para afirmar la imputación de un hecho a una persona como autor es preciso también la existencia de un tipo subjetivo. El concepto de autor, como el de aquél que determina objetivamente el curso causal productor del resultado, es un concepto de autor más amplio que el del Derecho penal. En realidad, el concepto de « dominio potencial del hecho » de LUZON es equivalente al *topos* argumentativo central en la « doctrina social de la acción » de la « susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad », que como ROXIN, Honig-FS, p. 138, había puesto de manifiesto era más fructífero para la teoría de la imputación que el simple dogma causal. El concepto de LUZON, es pues, un concepto general, que precisa una mayor concreción, al igual que necesitaba una mayor concreción el criterio de la « susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad ». Esta concreción debe ser llevada a cabo mediante una moderna teoría del tipo objetivo.

155 Suscribo plenamente las siguientes palabras de MIR PUIG, PG, pp. 397 s.: « El concepto restrictivo de autor parte de un concepto de realización del tipo más estricto que el de su mera causación: no todo causante del hecho realiza el tipo. Y ello no se debe a razones que dependan del dolo del sujeto, sino al significado objetivo del verbo típico: si no todo causante de muerte « mata » aunque haya querido el resultado, ello se debe a que socialmente « matar » es algo objetivamente más estricto que causar la

del hecho » en el ámbito del delito imprudente merece dos importantes críticas: una de índole dogmático y otra de índole político-criminal. La primera es que lo que supone participación en el delito doloso no puede pasar a entenderse como autoría en el delito imprudente. Formulando desde el prisma de la « teoría del ámbito de protección de la norma », lo que realizado de forma dolosa supone cooperar a que otro mate no puede adquirir objetivamente el significado de matar a otro cuando se realiza de forma imprudente¹⁵⁶. Por ejemplo, si facilitarle dolosamente el instrumento del delito al autor (un arma de fuego, un veneno) se entiende como ayudar a matar, el facilitárselo imprudentemente no se puede interpretar objetivamente como matar a otro. Dar una pistola no es nunca matar. O convencer a otro para que realice una conducción peligrosa

muerte. Para « matar » es preciso no sólo causar la muerte, sino que esta muerte pueda imputarse objetivamente al sujeto como a su autor, esto es, como hecho suyo, como « perteneciente » a él. La teoría de la autoría no sólo es un fragmento de la teoría del tipo, sino, más concretamente, de la imputación objetiva. Los partícipes se distinguen del autor en que no realizan el tipo objetivo de la Parte Especial, porque, aunque « causen » el hecho, éste no les es imputable objetivamente como obra suya. Pues bien, si la autoría equivale a la realización objetiva del tipo (en principio de la Parte Especial), su concepto no puede ser distinto en los hechos dolosos y en los imprudentes, pues ambos requieren la realización del mismo hecho objetivo -lo único distinto ha de ser la presencia de dolo [...] El concepto restrictivo de autor ha de ser, pues, común a los delitos dolosos y a los imprudentes, de lo que se sigue que los demás « causantes » del hecho no podrán ser autores del mismo. En la medida en que sean imaginables las actividades de inducción o de cooperación respecto a un hecho imprudente, dichos « causantes » sólo podrán ser penados como inductores o cooperadores ». MIR señala las ventajas de su superación de la « teoría del dominio del hecho » para el injusto imprudente:

a) Cabe distinguir entre cooperadores necesario y cómplices.

b) También en los delitos imprudentes existe el límite de la accesoriedad de la participación.

¹⁵⁶ CUERDA, ADP 92, p. 507, con más referencias: « La infracción de la norma de cuidado, por sí sola, no es capaz de transformar la realidad objetiva »; MIR PUIG, PG, p. 397; PEÑARANDA, Participación, p. 293: « No me parece que las razones aludidas por la doctrina alemana dominante tengan un peso suficiente ».

Este argumento no es válido en el marco del Derecho penal alemán. En este, el tipo objetivo del delito imprudente sufre pequeñas variaciones con respecto al tipo objetivo del delito doloso que impiden que la crítica sea tan evidente como en Derecho español. Así, los tipos de homicidio (§ 211 s.) dicen « el que mate a una persona ». Por el contrario, el tipo de homicidio imprudente está formulado de forma mucho más amplia: « el que imprudentemente cause la muerte de una persona ». En el mismo, sentido el tipo de lesiones (comparar § 223 con § 230) y en el tipo de incendio (comparar §§ 306 y 308 con § 309). Cfr. GALLAS, Beiträge, p. 93; HERZBERG, Täterschaft, p. 100; PEÑARANDA, Participación, p. 295; ROXIN, Tröndle-FS, p. 178; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 111 s.; WEHRLE, Regressverbot, pp. 14 s.

PEÑARANDA, Participación, p. 295, ha resaltado esta cuestión, después de una minuciosa exposición del problema del concepto extensivo de autor en el delito imprudente por parte de la doctrina alemana: « Parece evidente que el concepto extensivo-causal de autor defendido en la doctrina alemana sólo se basa en la definición literal de los tipos imprudentes y en la ausencia de preceptos que castiguen la participación culpable. Ya lo primero que supone una curiosa resurrección de tan denostado recurso al uso del lenguaje, sólo que con un propósito exactamente inverso al de Beling, no es aplicable en España [...] E incluso el segundo motivo alegado podría ser también inadecuado a la regulación del Código penal español, si fuese cierto, como supone un importante sector de nuestra doctrina que es posible poner en conexión los preceptos que sancionan la imprudencia con los que incriminan las diversas formas de participación ».

En nuestro C. P. sólo existen diferencias en la formulación del tipo con respecto al homicidio (el art. 138 se refiere a « el que matare » y el art. 142 a « el que por imprudencia grave causare la muerte de otro »). Es más que dudoso que de una diferencia tan puntual quepa deducir una cuestión general como la aplicación de las reglas generales de autoría y participación al delito imprudente.

tampoco es matar. La « teoría del dominio del hecho » no respeta el tenor literal posible de los preceptos penales¹⁵⁷ y convierte actos preparatorios en ejecuciones típicas¹⁵⁸. No se entiende porqué lo que es realizado dolosamente precisa de la accesoriedad con el ejecutante para adquirir relevancia penal, mientras en los supuestos imprudentes la misma conducta se entiende sin más como un hecho típico. La « teoría del dominio del hecho » destroza todas las garantías que en un Estado de Derecho que respeta esferas privativas de libertad ofrece el principio de accesoriedad¹⁵⁹. Llamativamente, la forma más leve de responsabilidad dispone de menos límites para imputar una pena que la forma más grave. Hay que añadir, además, que en el contexto de los delitos imprudentes cierto sector doctrinal llega a una conclusión que no puede ser aceptada: la actuación de terceros responsables es contemplada como un mero proceso causal, un suceso puramente natural entre una conducta y un resultado. Y normativamente no se puede equiparar una acción libre y responsable con un suceso natural.

La segunda objeción de índole político-criminal se encuentra estrechamente relacionada: la « teoría del dominio del hecho » conduce a una inflación de la responsabilidad penal injustificada¹⁶⁰. Ciertas personas a las que le corresponde una pena como cómplice imprudente en un delito se ven obligadas a cumplir una pena de como autor de un delito imprudente. La doctrina alemana, debido a la regulación del C. P. alemán, se ve obligada a punir al partícipe imprudente *como si fuera* un autor¹⁶¹. Pero en nuestro país no es preciso buscar problemas que nuestro C. P. no ofrece¹⁶². No es preciso reprocharle al partícipe su conducta de forma ficticia como si fuera un autor, sino que se le puede reprochar directamente haber sido cómplice, cooperador o inductor. Por estas razones la « teoría del dominio del hecho » en su sentido originario (como cualquier

157 -----
El inductor y el cooperador necesario se merecen la misma pena que el autor porque realizan algo tan grave como él, aunque formalmente no pueden ser autores porque no reúnen los requisitos objetivos de la autoría (crear un riesgo, requisitos especiales de autoría, etc.). La contribución de estas personas es equivalente a la del autor. Por ejemplo, también contribuye a la inundación el agua que queda en el embalse por debajo del nivel de la presa, no sólo la que lo sobrepasa. Ni el inductor ni el cooperador necesario crean un riesgo relevante para el tipo, eso sólo lo hace el autor (cfr. JAKOBS, GA 96, passim). Pero la organización de un hecho típico es un concepto más amplio que el de realización del tipo y en esa organización penalmente relevante entran personas que no matan o lesionan. Un ejemplo prototípico de cooperador necesario (si no es inductor) sería el del « jefe o cerebro de la banda » que lo organiza todo pero no realiza ningún acto ejecutivo.

158 Así, en mi opinión, el T. S. ha calificado incorrectamente ciertas conductas como coautoría en lugar de cooperación o complicidad, en varios supuestos como, por ejemplo, en la S. T. S. de 17 de febrero de 1976 (Pte. Sáez), donde se califica como coautor a una persona que cede la conducción de un vehículo de motor a alguien no preparado, cambiando, incluso, en alguna ocasión las marchas.

159 Sobre el principio de accesoriedad como garantía, vid. infra nota 203. Esta objeción ya ha sido realizada por MIR PUIG, PG, pp. 398 s.

160 En el mismo sentido, CORCOY, El delito imprudente, pp. 361 s.; CUERDA, ADP 92, pp. 507 s.; MIR PUIG, PG, p. 398.

161 Vid. por todos, JESCHECK, PG, 61 II 2 b).

162 Incluso esta posición ha sido criticada en Alemania: SPENDEL, JuS 74, p. 756.

otra teoría que conduzca a un concepto extensivo-causal de autor en alguna modalidad delictiva) es absolutamente rechazable en nuestro Derecho¹⁶³.

6. Esta cuestión tiene importantes consecuencias prácticas en el ámbito de la imputación objetiva de resultados. En ciertos supuestos de creación de varios riesgos el problema es de imputación del resultado: cuál de todos esos riesgos distintos es el que se ha realizado en el resultado. Este problema desaparece en los supuestos de codelincuencia: el riesgo y, por tanto, el resultado que produce se imputa mancomunada o solidariamente a todos los integrantes del colectivo¹⁶⁴. Por ello puede surgir un problema inexistente y artificial a la hora de la imputación del resultado si lo que es una creación única de un riesgo se entiende como dos o más creaciones distintas de riesgos¹⁶⁵. Sin embargo, que se impute objetivamente un riesgo a un colectivo no implica también que se impute subjetivamente. Aunque se den los requisitos objetivos de la coautoría, pueden faltar los subjetivos. Por ejemplo, si los diversos codelincuentes no conocen la actividad de los otros codelincuentes ni tienen « motivos objetivos concretos » para registrar tal creación colectiva de un riesgo, sólo se podrá hablar de autoría accesoria¹⁶⁶. Pero éste ya

163 De acuerdo DIAZ, Autoría, p. 634, nota 342, en una crítica restringida a STRATENWERTH, pero extensible a la doctrina mayoritaria alemana: « No está tan claro que lo más justo sea castigar al inductor o cómplice como autor (responsabilidad no accesoria y marco penal máximo), sino que más bien parece que, como mínimo, lo más justo sería castigarlos de forma distinta (responsabilidad accesoria) y, en el caso del cómplice, menor (marco penal inferior), si es que, dadas las peculiaridades de los delitos imprudentes, éstos no aconsejan más bien que esas conductas queden libres de castigo. Es decir que, para evitar la injusticia material en los casos más graves (y quizá menos frecuentes), se convierte a todo interviniente imprudente en autor, con lo que se consigue una injusticia material para los casos menos graves (y probablemente más frecuentes). Que ello sea compatible con los principios que deben inspirar el Derecho penal (desde el de mínima intervención hasta el de proporcionalidad e incluso el de una prevención general que pretenda ser eficaz) me parece más que discutible ».

164 Con ello no se están intentando eludir problemas de prueba como reprocha HERZBERG, Täterschaft, pp. 72 s. y ZStW 99, p. 58, a los defensores de la figura de la coautoría imprudente. El que varias personas creen varios riesgos o sólo uno en régimen de división de tareas es un problema previo a la imputación del resultado. Sobre esta discusión en el ámbito del delito doloso, vid. RÖXIN, LK, 25/158 s. en su polémica contra JAKOBS, HERZBERG y SCHMIDHÄUSER. Lo que no tiene ningún sentido es objetar a los partidarios de la codelincuencia en el delito imprudente que pretenden disimular problemas probatorios a la hora de imputar resultados, pero no plantearse el mismo problema en el ámbito del delito doloso.

165 CORCOY, El delito imprudente, pp. 178 ss., 345 ss.; MAIWALD, JuS 84, pp. 441 s.; QUINTANO, Culpa, pp. 333, con base en una S. T. S. de 30 de enero de 1952 en la que dos guardias de acuerdo disparan contra unos hombres que huyen.

166 El T. S. ha recurrido tradicionalmente al « acuerdo previo » para fundamentar la coautoría (cfr. en sentido crítico, DIAZ, Autoría, pp. 349 ss., con amplias referencias; GIMBERNAT, Autor, pp. 57 ss. y RGUEZ. MOURULLO, Comentarios, pp. 829 ss., sobre origen y evolución de esta teoría). DIAZ, Autoría, pp. 361 ss., ha tratado en profundidad el desarrollo reciente de esta posición doctrinal, demostrando que el T. S. en ocasiones ya la ha rechazado y, en otras, ha matizado su importancia. Así, por ejemplo, afirma (p. 376) que « cada vez con más frecuencia, el TS menciona el acuerdo previo no ya como la razón de ser de la « coautoría », sino como un elemento más de la misma » y que (p. 389) « efectivamente la teoría del acuerdo previo va siendo abandonada por el TS, lo que ciertamente es un dato positivo ».

La « teoría del dominio del hecho » recurre como criterio decisivo de la imputación a título de

coautoría a la « decisión, planificación o propósito colectivo o conjunto »: BLOY, *Beteiligungsformen*, p. 370; GALLAS, *Beiträge*, p. 104; HERZBERG, *Täterschaft*, pp. 47, 61 ss.; JESCHECK, PG, 63 I 3, 63 II; MAURACH/GÖSSEL, PG, 49/4, 47 ss.; OTTO, *Jura* 87, p. 252; ROXIN, *Täterschaft*, p. 285: « La coincidencia de voluntades de los participantes con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias es [...] presupuesto esencial de la coautoría »; el mismo, LK, 25/173 ss.; SAMSON, SK, 25/51: « La decisión colectiva sobre el hecho es el presupuesto esencial del dominio funcional del hecho »; SCHMIDHÄUSER, PG, 14/17; STRATENWERTH, PG, num. margs. 809 ss.; WELZEL, *Abhandlungen*, pp. 169 ss.; el mismo, PG, pp. 107 ss. Más referencias de la doctrina alemana y de la doctrina española partidaria con más o menos matices de la « teoría del dominio del hecho » en DIAZ, *Autoría*, pp. 653 ss., nota 384.

Todo acuerdo expreso tiene una importante utilidad práctica como prueba del elemento subjetivo de la codeinfracción, pero no un carácter fundamentador. Lo que fundamenta la coautoría no es una mera decisión colectiva, sino el dominio o configuración colectivos del hecho con concimiento de ese reparto de tareas. El acuerdo previo no supone una *ratio essendi*, sino una simple *ratio cognoscendi*:

1) Como ha señalado la doctrina mayoritaria en nuestro país, el acuerdo previo no fundamenta la coautoría si no se dan los requisitos objetivos, por lo que la codeinfracción depende de la configuración de las conductas en el mundo real. En España la doctrina mayoritaria interpreta el acuerdo previo como la componente subjetiva de la coautoría, entendiendo tal componente como un elemento necesario aunque no fundamentador: DIAZ, *Autoría*, pp. 402, 653 ss.; GOMEZ BENITEZ, PG, p. 139; MIR PUIG, PG, pp. 413 ss. Por ejemplo: a) la conspiración y la coautoría se diferencian únicamente en el aspecto objetivo, no en el acuerdo, b) en la cooperación y la complicidad también puede existir un acuerdo previo, pero se diferencian de la coautoría en el aspecto objetivo (en el mismo sentido, DIAZ, *Autoría*, pp. 389 ss., GIMBERNAT, *Autor*, p. 87 y ADP 66, pp. 33 ss. y RGUEZ. MOURULLO, *Comentarios*, p. 830: « Que la existencia de un « acuerdo previo » no puede justificar, bajo ningún concepto, la aplicación del número 1 del artículo 14 a quien no realizó actos ejecutivos, está fuera de toda duda » y 836); en un supuesto se mata con otro u otros y en el otro se ayuda a otro a matar, c) puede existir acuerdo previo y no existir codeinfracción: el que va a robar en una casa y su madre acuerdan que ésta le hará la merienda para ese día, d) puede existir acuerdo previo para crear distintos riesgos y no uno sólo: por ejemplo, varios miembros de un grupo terrorista acuerdan realizar por separado atentados contra personajes importantes o lugares relevantes en un día señalado con el fin de producir una importante conmoción social, dejando la modalidad de atentado bajo la decisión de cada individuo.

2) Como señaló GIMBERNAT, se pueden dar los requisitos subjetivos de la codeinfracción sin necesidad de acuerdo previo. Esta posición la desarrolló de forma convincente en su monografía *Autor*, pp. 81 ss. y en un artículo titulado *Crítica a la doctrina jurisprudencial del « acuerdo previo »* en ADP 66, pp. 13 ss. Por ejemplo, si varios sujetos le propinan conjuntamente una paliza a otro, ¿ Necesita el juez acudir a la existencia de un acuerdo previo para fundamentar la coautoría ? ¿ Si no se han dirigido la palabra no existe coautoría ? En mi opinión, esta idea que se comparte con GIMBERNAT de que se puede dar el aspecto subjetivo de la coautoría sin mutuo acuerdo y que éste sólo cumple una función probatoria, todavía no se encuentra extendida en nuestra doctrina.

Nuestra mejor doctrina, sin embargo, se ha preocupado en fundamentar la posibilidad de un mutuo acuerdo o una decisión común en el ámbito de la coautoría imprudente: GLEZ. RUS, *Autoría*, p. 124, de acuerdo con MIR; JORGE BARREIRO, *Imprudencia*, p. 126; LUZON, *Derecho Penal de la Circulación*, p. 117; MIR PUIG, PG, p. 421, considera que « el común acuerdo no podrá referirse al resultado, pero sí a la conducta imprudente, que puede ser obra conjunta de varios sujetos. El resultado aparecerá entonces como producto de esa obra común ». De acuerdo, CORCOY, *El delito imprudente*, pp. 349 s., defiende la tesis del « acuerdo previo » en la coautoría imprudente « como voluntad consciente de participar en la conducta imprudente de otro, o un acuerdo dirigido a realizar conjuntamente esa conducta imprudente que, en ese caso, será « obra conjunta de varios sujetos ». Esta « voluntad consciente » o « acuerdo », representan una conducta « dolosa » respecto a la participación o coautoría, sin que exista dolo respecto a la realización típica ». En un sentido similar, RGUEZ, DEVESA, PG, p. 819, afirmando que « ciertamente que ha de darse un acuerdo de voluntades, pero éste, que en los delitos dolosos se ha de referir al tipo del delito, en los culposos basta que verse sobre la acción u omisión imprudente, sin necesidad de abarcar el resultado en los delitos materiales ». Ninguno de estos autores explica, sin embargo, cómo se fundamenta la complicidad imprudente.

El T. S. distingue la codeinfracción imprudente de la concurrencia de culpas (autoría accesoria) en una línea similar a la de la doctrina citada en el párrafo anterior: SS. T. S. de 20 de mayo de 1970 (Pte. Riaño); 5 de marzo de 1974 (Pte. Escudero), ya de forma clara; 29 de noviembre de 1974 (Pte. Escudero); 17 de febrero de 1976 (Pte. Sáez); 5 de diciembre de 1979 (Pte. García Miguel); 6 de octubre de 1980 (Pte. Gil); 10 de abril de 1981 (Pte. Moyna); 22 de diciembre de 1984 (Pte. Vivas). En sentido diferente, en una

no es un problema del tipo objetivo. Los problemas de coautoría en el delito imprudente se dan sobre todo cuando un equipo o grupo de personas tiene que controlar un mismo riesgo con reparto de funciones (equipos médicos¹⁶⁷, ámbito de la construcción, etc.). En estos supuestos no cabe duda de que objetivamente se le ha de imputar un mismo riesgo a varias personas.

IV.B. La autoría mediante el favorecimiento o motivación de creaciones de riesgos

1. En ciertos supuestos, aunque fenomenológicamente nos encontremos con el

línea más cercana a la defendida en este trabajo de que se puede constatar el aspecto subjetivo de la coautoría aunque no exista acuerdo: 25 de febrero de 1974 (Pte. Díaz Palos), utilizando la expresión más abierta de « concurso de voluntades »; 16 de noviembre de 1979 (Pte. Díaz Palos), aunque señalando, al igual que se hace en este trabajo, que el acuerdo sólo hace la codelinuencia más evidente.

En mi opinión, si concurren los requisitos subjetivos (conocer la creación conjunta de un riesgo o conocer ciertos datos concretos de esa creación conjunta) no se entiende la diferencia valorativa entre que haya o no « acuerdo de voluntades ». Como ya he dicho, este « acuerdo de voluntades » debe ser entendido como una *ratio cognoscendi*, pero no como una *ratio essendi*. De acuerdo, DIAZ, Autoría, p. 499, nota 283, aunque haya que señalar que esa no es la posición que defiende en otras parte de su monografía (por ejemplo, pp. 653 ss., exige un plan común): « El conocimiento recíproco de la actuación de cada cual es lo que hace que podamos hablar de una verdadera acción conjunta con división del trabajo, pues, si cada cual actuare por separado y sin conocimiento de lo que hacen los demás, habría sólo tres acciones aisladas de « intentar matar », o, si se quiere, una acción conjunta que, en una contemplación puramente objetiva, sería de matar, pero que no puede ser imputada por entero a la actividad de cada sujeto, pues sólo por la adición de factores que el mismo no conoce (es decir, no abarcados por su dolo) se ha convertido en una acción completa de matar ». Por tanto, puede existir dolo con respecto a una actuación conjunta, pero el riesgo o el resultado puede ser imputable a título de imprudencia a uno de los coautores, a algunos o a todos.

En Alemania, en tiempos recientes, JAKOBS, PG, 21/42 s., Imputación, pp. 164 ss. y GA 96, passim, ha planteado esta superación de las ideas tradicionales sobre el mutuo acuerdo y su posición ha sido desarrollada en Alemania por dos discípulos suyos: LESCH, Beihilfe, pp. 186 ss., 271 ss., 278 ss. y ZStW 105, pp. 276 s.: « La denominada « decisión conjunta del hecho » no es ni un fundamento necesario de la imputación ni es per se una característica suficiente para la responsabilidad por coautoría. Coautoría es la realización del tipo en régimen de división de tareas y en los supuestos de división de tareas no se trata de acuerdo (recíproco) de voluntades sino de división del trabajo, que ha de llevar a la realización del tipo »; DERKSEN, GA 93, passim (crítica a la concepción tradicional en pp. 163 ss. y exposición de su postura en pp. 169 ss.). En Imputación, p. 171, JAKOBS considera que en el manual no ha sido todavía lo suficientemente radical contra la idea de la « decisión común de realizar el hecho » como fundamento de la imputación recíproca. En contra de la posición de JAKOBS, DIAZ, Autoría, pp. 657 ss. En contra de la posición de LESCH, KÜPPER, ZStW 105, pp. 295 ss., con un artículo que sigue en la misma revista al de LESCH y cuyo título deja bien a las claras cual es la preocupación del autor: Der gemeinsame Tatentschluss als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft (la decisión común de realizar el hecho como momento irrenunciable de la coautoría). En mi opinión, a diferencia de JAKOBS, la « imputación objetiva » sólo puede constatar la imputación de un mismo riesgo a varias personas, pero para afirmar la coautoría hace falta algún dato psíquico, que desde luego no tienen que ser el « acuerdo previo », sino que basta con que los coautores tengan « datos objetivos concretos » de que están creando un riesgo con más personas. El requisito psíquico es el que diferencia la coautoría de la « autoría accesoria ». Por ejemplo, en los accidentes normales de tráfico sólo se puede hablar de « autoría accesoria ». Si dos personas simulan un accidente de tráfico para estafar al seguro, serán coautores de ese hecho y se les podrá imputar como coautores a título de imprudencia las consecuencias lesivas de esa simulación.

¹⁶⁷ JORGE BARREIRO, Imprudencia, p. 126.

favorecimiento de la conducta de una persona, en realidad se trata directamente de una conducta de matar o causar una lesión. Por ello no es preciso acudir a las reglas de imputación a título de participación y ese « favorecimiento » debe ser entendido como una realización del tipo. Aquí me voy a ocupar de dos supuestos que me han preocupado a lo largo de mi investigación, y en los que creo que hay que detenerse para llegar a una mejor resolución de ciertos casos más complejos: el favorecimiento o motivación realizado por una persona que tiene deberes especiales de protección frente a la víctima y los supuestos de autoría mediata imprudente.

IV.B.1. El favorecimiento de delitos por parte de garantes de protección

1. Esta primera cuestión se suscita en situaciones como la siguiente: un padre coopera con la persona que mata a su hijo menor de edad o que realiza actividades peligrosas con su hijo. En ejemplos como éstos, aunque la conducta del padre se pueda definir como participación en sentido estricto, también ha de definirse como autoría debido a la comisión del tipo por omisión¹⁶⁸. De esta manera la responsabilidad del padre se deriva directamente de la redacción del tipo. Existe un concurso de normas, quedando absorbido el desvalor de la participación por el desvalor de la autoría. En caso de que el especialmente obligado omita de forma dolosa o imprudente sus deberes de protección, responde como autor, haya o no colaborado con el riesgo que pone en peligro los bienes de la víctima. Sería ilógico que por participar en la organización delictiva, el padre tuviera un trato más privilegiado (si su colaboración no sobrepasa la complicidad) que cualquier otro padre que hubiera hecho lo mismo. El padre mata, al dejar más desprotegida a la víctima de lo que el Derecho prescribe, siendo indiferente a efectos de tipicidad si el riesgo amenazante tiene un origen natural o delictivo.

Por esa razón, también, la responsabilidad del padre de nuestro ejemplo no tiene una relación de accesoriedad con la de la persona que crea el riesgo. No hay accesoriedad. El padre puede llegar a realizar un tipo en grado de tentativa incluso antes de que el otro autor llegue a su vez al grado de la tentativa, encontrándose todavía en la

¹⁶⁸ En el mismo sentido, BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 140 ss.; FRISCH, *Verhalten*, pp. 251, con más referencias, 333 ss., con respecto a casos de mera pasividad que facilitan o motivan la actividad delictiva, 353 ss.; HERZBERG, JA 85, p. 182; JAKOBS, ZStW 89, p. 23; el mismo, PG, 21/116; el mismo, GA 96, p. 262; el mismo, *Tun und Unterlassen*, p. 36, nota 77; LENCKNER, *Schönke/Schröder*, antes de 13/101 b; OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, p. 539; WEHRLE, *Regressverbot*, pp. 102 ss.

En contra, vid. la bibliografía recogida por WEHRLE, *Regressverbot*, pp. 102 s. En la literatura española se manifiesta en contra, HUERTA, *Delitos de omisión*, pp. 249 s.

fase preparatoria. Son autores que, desde el punto de vista del tipo, no tienen nada que ver entre sí. Cada uno realiza un tipo por separado. Todo aquél que, por el contrario, tenga una visión formal-causal del tipo, y considere que en ejemplos como éste el especialmente no obligado no mata o no lesiona, tendrá que acudir a la accesoriedad (complicidad o coautoría).

2. Puede haber supuestos, sin embargo, en los que alguien facilita un ataque contra el bien jurídico que tiene la obligación de proteger y, sin embargo, no sea autor porque no infringe sus deberes de garante. Por ejemplo, alguien encargado de la protección de determinado lugar ofrece una « información privilegiada » de la que dispone en virtud de su cargo que motiva o facilita que terceros decidan realizar un delito en ese lugar. Si la información es verdadera, el especialmente obligado será autor. Sin embargo, si es falsa no, ya que no ha incumplido sus deberes de garante. A lo sumo responderá como inductor (doloso o imprudente).

3. En el ámbito de la delincuencia imprudente tiene especial relevancia la responsabilidad de personas que cumplen fines estatales. Así, por ejemplo, si un empleado de una Administración autoriza a un particular a desempeñar una actividad sin los controles preceptivos (examen de conducir, control de instalaciones peligrosas, etc.) o sin exigir los requisitos que establecen las normas en ese ámbito estará realizando una conducta típica, ya que incumple su función de protección¹⁶⁹. Esta afirmación no supone demasiados problemas. Más problemáticos son los supuestos en los que se tienen potestades facultativas para controlar los riesgos que se encuentran en manos de particulares. Y en este ámbito es lógico plantearse grandes reservas a la hora de admitir que a un funcionario se le impute un riesgo que crea un particular. La persona que desempeña competencias exclusivas del Estado y no cumple con su función no responde por un hecho ajeno, sino que hay que plantearse si su omisión es reconducible a los tipos puros de resultado. Para llegar a una conclusión es preciso diferenciar entre dos papeles distintos de la Administración con respecto a la planificación de riesgos en nuestra sociedad:

a) Por un lado, la amenaza permanente de una posible sanción motiva a los particulares a adoptar las medidas precisas para mitigar o controlar ciertos riesgos¹⁷⁰. Se

¹⁶⁹ REYES, *Imputación*, p. 187.

En este sentido, la S. T. S. de 17 de julio de 1995 (Pte. Puerta), « caso Alcalá 20 », considerandos sexagésimosegundo y sexagésimoséptimo.

¹⁷⁰ GIMBERNAT, ADP 94, p. 51.

trata de la función policial de prevención de peligros para bienes jurídicos que desempeña el Derecho sancionador de las diversas Administraciones públicas. Es decir, el Estado, a través de sus empleados, desempeña una función de prevención general.

Por regla general no se puede imputar el riesgo creado por el particular ya que la Administración sólo tiene una facultad o potestad y no una obligación de evitar todo riesgo. Por ejemplo, si un Guardia Civil de Tráfico se emborracha y no entra de servicio, no se le podrían imputar los riesgos que los participantes en el tráfico creen en la zona que a él le correspondía vigilar. Sin embargo, hay que afirmar que facultad o potestad no significa arbitrariedad. El art. 103 C. E. preceptua que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo, entre otros, con los principios de eficacia y con sometimiento pleno a la ley y el Derecho. Por tanto, las instancias de control no pueden hacer dejadez absoluta de funciones. Los inspectores de un área determinada (por ejemplo, de Trabajo con respecto a la seguridad de los trabajadores) que motivan un hecho delictivo debido a la sensación de impunidad que genera su dejadez de funciones, pueden ser considerados autores de un tipo de homicidio, lesiones, etc. O también podría existir un concurso ideal con un delito de cohecho cuando alguien realiza un delito con absoluta impunidad por haber sobornado a un policía o funcionario. Las Administraciones no garantizan que todos los ciudadanos se van a comportar de forma correcta, pero garantizan una mínima actividad intimidatoria¹⁷¹. Es cierto, sin embargo, que esta posibilidad de imputar riesgos a detentadores de las competencias sancionadoras de la Administración resulta muy limitada y carece de relevancia en la práctica. Y tampoco nos podemos olvidar de que el Derecho penal garantiza una elemental actividad estatal, no el perfecto funcionamiento de dicha actividad. Pero existen otras posibilidades de que los funcionarios o autoridades realicen un tipo puro de resultado.

b) La Administración no sólo cumple una función de vigilancia, control e inspección que pretende evitar que los riesgos surjan. También lleva a cabo en ciertos ámbitos una función policial de prevención especial de peligros que ya han surgido¹⁷². Y, por ello, ciertas personas que desempeñan funciones de la Administración pueden tener la función no sólo de localizar focos de peligro concreto, sino también de evitar que un riesgo acabe siendo lesivo. Sobre todo cuando esas personas disponen de medios para ejercer dicha labor de protección (por ejemplo, monopolio de la fuerza). En estos

¹⁷¹ Hay que aplaudir a la S. T. S. de 26 de marzo de 1994 (Pte. Bacigalupo) que absolvió al teniente de alcalde y al jefe de policía local de Córdoba por cumplir unos « mínimos » en el ámbito de sus competencias, aunque no evitaran que ciertos coches de particulares mal aparcados impidieran el acceso de los bomberos a un incendio. Por tanto, en la sentencia se entiende que las autoridades municipales no están obligadas a retirar todo coche mal aparcado con el fin de evitar resultados lesivos.

¹⁷² FREUND, Erfolgsdelikt, p. 260; GIMBERNAT, ADP 94, p. 51.

supuestos los riesgos podrían ser imputables a título de autoría cuando no se identifican ciertos riesgos por dejación de funciones o, una vez identificados, no se hace nada para desactivarlos. Así, por ejemplo, los bomberos tienen la obligación de apagar los incendios que se declaren. O en ámbitos en los que es obligatoria una autorización administrativa para iniciar o seguir llevando a cabo una actividad peligrosa, la dejación de funciones también puede ser penalmente relevante¹⁷³. El tema es, sin embargo, discutible en sus límites y lo que se ha dicho aquí no se debe entender como una argumentación a favor de una responsabilidad penal indiscriminada de funcionarios y empleados públicos. Es preciso analizar caso por caso cuál es la competencia y qué tipo de competencia tiene el Estado en cada ámbito y cuál es el papel de cada funcionario dentro de esa competencia pública. En España este tema no ha tenido un amplio tratamiento, a diferencia de lo que ha sucedido en la doctrina alemana¹⁷⁴. En la doctrina alemana, más que el fundamento general de la idea, que es lo que aquí interesa, se ha cuestionado el que determinados funcionarios tengan una posición de garante con respecto a actividades delictivas de terceros (por ejemplo, la policía o los inspectores laborales)¹⁷⁵. Pero sobre esta problemática no se puede profundizar en este trabajo, ya que debe ser objeto de un estudio monográfico. De todas maneras, ese estudio pormenorizado depende de la regulación positiva sobre las funciones de los diversos cuerpos de la Administración del Estado y de las competencias que en determinados ámbitos desempeña el Estado de forma exclusiva. Puede parecer en una primera visión superficial que el párrafo tercero del art. 412 presenta ciertas dificultades para la tesis que estoy defendiendo. Pero en este artículo se protege un bien jurídico supraindividual: la Administración pública, no bienes jurídicos

¹⁷³ FREUND, Erfolgsdelikt, p. 260; REYES, Imputación, pp. 187 s.

¹⁷⁴ La amplitud del tratamiento doctrinal en Alemania se debe a los precedentes jurisprudenciales que han afirmado la responsabilidad de funcionarios por no haber evitado actividades delictivas de particulares: RG, JW 39, p. 543; BGHSt 3, pp. 349 ss.; BGHSt 4, pp. 167 ss.; BGHSt 5, p. 229; BGHSt 8, p. 189; BGH, NJW 58, p. 956; BGH, JA 87, p. 211; BGH, NJW 87, p. 199, con comentario de RUDOLPHI, JR 87, pp. 336 ss. Más referencias en OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, p. 597, nota 187.

Esta posición de la Jurisprudencia ha sido ampliamente aplaudida por la doctrina alemana: entre otros, BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, pp. 190 ss.; FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 260, 291 ss.; FRISCH, Verhalten, pp. 356 s.; HÜWELS, Gesetzesvollzug, pp. 136 ss., 145 ss. y passim; JAKOBS, PG, 29/76 ss.; OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, pp. 596 ss.; SCHMIDHÄUSER, PG, 16/61; STREE, Schönke/Schröder, 13/52.

En contra, radicalmente, señalando las deficiencias dogmáticas que tiene la fundamentación de esta idea y que resulta indeseable político criminalmente, RUDOLPHI, JR 87, pp. 336 ss.; el mismo, SK, 13/36, 36 a, 54 b; el mismo, Dünnebier-FS, pp. 571 ss. Crítica a su vez a RUDOLPHI, HÜWELS, Gesetzesvollzug, pp. 60 ss., 78 ss., 131 ss. y passim.

¹⁷⁵ Cfr., entre otros, HERZBERG, Unterlassung, p. 356; el mismo, Verantwortung, pp. 242 ss.; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, pp. 329, 362 s.; el mismo, ZStW 96, p. 310 s.; el mismo, SIDA, pp. 62 ss.; el mismo, Probleme des AIDS-Komplexes, pp. 131 ss.; el mismo, Delitos de omisión, pp. 18 s. En contra de estos autores, recientemente, FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 293 ss., con amplias referencias (vid. también en contra los autores citados en la nota anterior con la evidente excepción de RUDOLPHI).

individuales como la vida o la salud. Por ello no se exige la producción de un resultado ni una situación de peligro concreto y ni siquiera la penalidad de la denegación de auxilio depende de esos factores. En mi opinión, la mera existencia del art. 412 no puede afectar a la determinación del alcance de los tipos de homicidio y lesiones. Es evidente que los delitos de resultado con relación al art. 11 a) del Código penal protegen bienes jurídicos que no tienen nada que ver con la Administración pública y, en mi opinión, este art. 412 no agota la mayoría de las veces el desvalor del hecho si está en juego la vida, la integridad o los bienes de un ciudadano. Por tanto, nos encontraríamos ante un concurso ideal de delitos. No veo ninguna razón para que el art. 412 impida a su vez el desvalor de las infracciones de deberes que como garantes de protección tienen ciertos funcionarios por razón de su cargo. Por ello, aunque realicen el art. 412 también se les puede imputar el riesgo o el resultado a los garantes que no han evitado dicho riesgo o dicho resultado si se dan todos los requisitos de la comisión por omisión.

IV.B.2. La autoría mediata en el ámbito del delito imprudente

1. En el ámbito del delito doloso hace tiempo que nadie duda de que se puede matar, lesionar o dañar sin necesidad de hacerlo de « propia mano »¹⁷⁶. Para fundamentar la autoría en estos supuestos se acude a la figura de la autoría mediata. Esta figura ha quedado legitimada en nuestro Derecho a través del art. 28 C. P.¹⁷⁷, que recoge la posibilidad de ser autor realizando el hecho por medio de otro. La autoría mediata, como señala este artículo, supone una modalidad de autoría, por lo que al fin y al cabo no es más que una forma de realizar hechos típicos¹⁷⁸. Es decir, cuando el « hombre de atrás » comienza su actividad sobre el « instrumento » comienza la tentativa y cuando finaliza su actividad sobre el « instrumento » ha creado un riesgo típico (tentativa acabada)¹⁷⁹.

2. La posición que niega la autoría mediata en el ámbito del delito imprudente, que se ha de calificar como minoritaria en nuestro país, incurre en una trasnochada visión del injusto imprudente como un injusto puramente causal¹⁸⁰. Esta posición minoritaria no

176 Vid. por todos, GLEZ. RUS, *Autoría*, pp. 102 ss. y MIR PUIG, PG, p. 401, con más referencias doctrinales y jurisprudenciales.

177 Desde una visión en exceso formal del tipo se habían planteado serias dudas sobre esta figura antes de su reconocimiento positivo (cfr. GIMBERNAT, *Autor*, pp. 222 ss.).

178 GIMBERNAT, *Autor*, p. 249; MIR PUIG, PG, p. 401.

179 MIR PUIG, PG, pp. 407 s.; RGUEZ. MOURULLO, ADP 69, pp. 464 s.

180 Niegan tal posibilidad en la doctrina española: CEREZO, *Problemas*, pp. 173 ss.; GOMEZ BENITEZ, ADP 84, p. 123; el mismo, PG, pp. 143, 150. Más referencias en CUERDA, ADP 92, p. 500, nota 36. También, la S. T. S. de 6 de abril de 1949, que parte de una visión ya anticuada del delito imprudente: « La tesis mantenida en el recurso, relativa a la autoría mediata, o sea cuando el culpable se

puede explicar, sin embargo, sin acudir a la figura de la autoría mediata, porque la conducta del « hombre de atrás » adquiere el significado de matar o lesionar. ¿ Porqué el « hombre de atrás » crea un riesgo típico ? Sólo si se identifica matar con condicionar la aparición de una muerte se puede imputar el riesgo al « hombre de atrás » que no es el que dispara o el que conduce el coche que atropella sin recurrir a la figura de la autoría mediata. Pero como ya se ha visto a lo largo de este trabajo, esa visión causal del tipo resulta inaceptable. Sólo es autor el que crea el riesgo típico que se realiza en un resultado típico. Si la figura de la autoría mediata es necesaria, lo es por igual para el delito doloso y para el delito imprudente, y si es innecesaria lo será también para ambos supuestos.

3. Al igual que sucede en el ámbito del delito doloso, es preciso diferenciar la realización del tipo entre el favorecimiento de lesiones por parte de inimputables y los supuestos en los que al « instrumento » se le puede definir en principio como a una persona libre y responsable. Voy a comenzar por los supuestos en los que el instrumento

vale de persona intermedia o superpuesta para cometer el delito, es notoriamente inaplicable a los de carácter culposo, pues sólo es susceptible de serlo a los de naturaleza dolosa, típicamente definidos en la Ley ».

En la doctrina alemana la niegan: CRAMER, Schönke/Schröder, 25/59; GALLAS, Beiträge, pp. 91 s.; JESCHECK, PG, 62 I 2, con más referencias en uno y otro sentido; MAURACH/GÖSSEL, PG, 47/106; SAMSON, SK, 25/115; STRATENWERTH, PG, nº marg. 764.

Consideran que es preciso recurrir a la figura de la autoría mediata también en el ámbito del delito imprudente:

Aceptan la figura de la autoría mediata en el ámbito del delito imprudente en la doctrina española, COBO/VIVES, PG, p. 576; DIAZ, Autoría, pp. 634 s., nota 342; el mismo, EJB I, p. 698; el mismo, La Ley 96 nº 3984, p. 7, nota 22; GLEZ. RUS, Autoría, pp. 114 s.; JORGE BARREIRO, Imprudencia, pp. 125 s., que en p. 145 pone como ejemplo que « será penalmente responsable el anestesista -como autor mediato de homicidio imprudente- que, ante un incidente grave anestésico, indicó de forma improcedente al cirujano que podía iniciar la intervención quirúrgica » y en pp. 159 ss. utiliza también como ejemplo el caso « de que cirujano vaya a cerrar la cavidad abdominal del paciente y reciba el conforme erróneo de la enfermera circulante de ser correcto el recuento de gasas, quedando abandonada alguna gasa en el cuerpo del enfermo causante del posterior fallecimiento, puede apreciarse responsabilidad penal de la enfermera como autor mediato imprudente, y el cirujano -que ha realizado el rastreo y revisión manual sin éxito, y ha confiado en la enfermera circulante- sería un mero instrumento que cierra la herida operatoria, de acuerdo con la conformidad de contaje correcto comunicada por la enfermera circulante encargada de ese cometido »; LUZON PEÑA, Derecho Penal de la Circulación, pp. 98 s., 116, 124 s.; el mismo, PG, pp. 509 s.; MIR PUIG, PG, p. 398, nota 33; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, p. 628; PEÑARANDA, Participación, p. 294; QUINTANO, Culpa, p. 337; RGUEZ. MOURULLO, Comentarios, pp. 817 ss., con amplias referencias jurisprudenciales; el mismo, ADP 69, pp. 483 ss., también con amplias referencias; SAINZ CANTERO, PG, p. 807; SILVA, ADP 87, p. 469. En la argentina, SANCINETTI, Teoría, p. 290.

Aceptan la figura de la autoría mediata en el ámbito del delito imprudente en la doctrina alemana, BINDING, Grundriß, pp. 152, 155; el mismo, Normen IV, pp. 595 ss., aunque con una terminología que no coincide con la aceptada hoy en día por la doctrina mayoritaria; el mismo, Schuld, pp. 161, 163, con el mismo problema terminológico; EXNER, Frank-FG, pp. 570 ss.; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/101 a; M. K. MEYER, Ausschluß der Autonomie, pp. 64 ss., ha realizado una importante contribución en este sentido; OTTO, Spindel-FS, pp. 286 ss.; el mismo, PG, 21 V 4 c); SCHMIDHÄUSER, PG, 14/36; el mismo, Studienbuch, 10/102; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 107 ss., que también ha realizado una importante contribución en este sentido; SEEBALD, GA 64, pp. 164 s., 172; WELP, Vorangegangenes Tun, pp. 302 ss. ROXIN, LK, 25/220, lo acepta en los supuestos de delitos de deber.

es un inimputable, ya que son los más sencillos, ocupándome posteriormente del segundo supuesto. Evidentemente, aquí sólo me ocupo de los aspectos objetivos (tipo objetivo de la autoría mediata o requisitos objetivos), siendo un problema posterior el hecho de que el autor conozca dichos datos objetivos o disponga de motivos objetivos concretos para conocerlos.

4. El favorecer la creación de riesgos por parte de inimputables (arts. 19, 20. 1º, 2º y 3º C. P.) no se ha de entender como una complicidad, cooperación o inducción, sino como una creación de un riesgo subsumible en un tipo puro de resultado¹⁸¹. La razón es que estas personas no són más que puros sucesos naturales desde el punto de vista del Derecho penal. Dicho de forma gráfica, incitar a un niño o a un enajenado a atacar a una persona equivale normativamente a azuzar un perro. Con respecto a estas personas sólo podemos hablar de causalidad y no de imputación¹⁸². Por ello la imputación del riesgo y del resultado « salta » por encima del « instrumento » para pasar a ser exclusiva responsabilidad del « hombre de atrás ». Por ejemplo, en la S. T. S. de 5 de diciembre de 1970¹⁸³ se le imputa al procesado el siguiente hecho: dejar la escopeta cargada en un rincón de la cocina, dando lugar con ello a que pudiera cogerla, con ánimo de jugar un niño de 5 años, que la disparó matando a una persona.

La autoría mediata no se extiende hasta los supuestos en los que se favorece o motiva la actuación delictiva de un semiimputable, ya que estas personas siguen siendo responsables o culpables para el Derecho penal. La semiimputabilidad afecta sólo a la determinación de la pena y a la posibilidad de sustituir la pena por instrumentos de prevención especial. Pero el semiimputable sigue siendo una persona responsable de sus actos, y, por tanto, la imputación no puede « saltar » y obviarle como un suceso natural¹⁸⁴. El que le facilita una pistola a un semiimputable para realizar un delito, no es más que un cómplice. Otra cuestión es que el « hombre de atrás » se aproveche de la discapacidad del semiimputable (por ejemplo, un joven) para utilizarlo como instrumento en virtud de un error o porque es más fácil coaccionarle. Si no es así, el « hombre de delante » sigue manteniendo su capacidad de decisión y, por tanto, su capacidad para

181 AMELUNG, Autoría mediata, p. 324; FRISCH, Verhalten, pp. 363 ss.; GOMEZ BENITEZ, PG, p. 142; HERZBERG, Täterschaft, pp. 29 ss.; JAKOBS, PG, 21/71; MIR PUIG, PG, p. 406; OTTO, Jura 87, p. 254, con más referencias; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/101 a, con abundantes ejemplos que ha ofrecido la práctica forense alemana; ROXIN, Täterschaft, pp. 137, 193 ss., 233 ss.; el mismo, LK, 25/118 ss.; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 103 ss.; WELP, Vorangegangenes Tun, p. 302.

182 FRISCH, Verhalten, pp. 364 s., con más referencias.

183 Pte. Casas.

184 HERZBERG, Täterschaft, p. 31; JAKOBS, PG, 21/94; ROXIN, LK, 25/120; WELP, Vorangegangenes Tun, pp. 306 ss. En contra, SILVA, ADP 87, pp. 459 s.

configurar el hecho, siéndole éste personalmente imputable.

Lo mismo cabe decir en los supuestos en los que alguien es garante de que un inimputable no cree riesgos para bienes jurídicos de terceros (padres, vigilantes de hospitales psiquiátricos, tutores, etc.)¹⁸⁵.

5. La doctrina también acepta la autoría mediata en supuestos en los que el « hombre de delante » no se puede definir en general como un inimputable. En estos casos, las exigencias objetivas para fundamentar la autoría mediata son mayores. No es suficiente, por ejemplo, con cualquier tipo de favorecimiento. Para que se den los requisitos objetivos de una autoría mediata es preciso que, aunque el « instrumento » realice el tipo objetivo, el hecho no se le pueda imputar personalmente por algunas de las razones contempladas en el C. P. (causas de justificación, error invencible de tipo o de prohibición, situaciones de inexigibilidad, etc.). Y, además, el tipo objetivo de la autoría mediata exige que esa razón que impide imputarle un delito al « hombre de delante » debe ser imputable precisamente al « hombre de atrás » para que se pueda considerar como algo suyo el riesgo que el « instrumento » ha creado con sus propias manos. Bien porque el « hombre de atrás » ha provocado el error invencible que padece el instrumento o porque se ha aprovechado de un error previo que padecía el instrumento o porque lo ha colocado en una situación en la que la única alternativa racional para el « hombre de delante » era crear ese riesgo. En definitiva, el « hombre de delante » realiza el tipo por una razón que es incumbencia exclusiva del autor mediato¹⁸⁶. Existe autoría mediata, pues, cuando el que crea el riesgo no es culpable de un delito precisamente por alguna razón que es incumbencia de otro sujeto al que denominamos autor mediato. El art. 28 define la autoría mediata como realizar el hecho por medio de otro que se utiliza como instrumento. En esta definición existen dos elementos básicos: a) el « hombre de delante » ha de definirse como un « instrumento ». En mi opinión sólo es asumible calificar a alguien como « instrumento » de acuerdo con las reglas generales de imputación del C. P. (causas de justificación, inevitabilidad, desconocimiento invencible de la antijuridicidad de sus actos, inexigibilidad, etc.); y b) el « hombre de atrás » se sirve de ese instrumento.

185 BLOY, *Beteiligungsform*, p. 145; EXNER, *Frank-FG*, p. 571; FREUND, *Erfolgssdelikt*, pp. 243 ss., 247 ss.; FRISCH, *Verhalten*, p. 358; HERZBERG, *Unterlassung*, p. 321; JAKOBS, *PG*, 29/35, con referencias de la jurisprudencia alemana; KUSCH, *NSiZ* 85, p. 392, con referencia a una sentencia concreta (LG Göttingen, *NSiZ* 85, p. 410) en la que un médico, careciendo de competencia para ello, deja en libertad a un inimputable con inclinación a las agresiones sexuales que estaba siendo tratado en virtud de una sentencia judicial; OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 85, pp. 541 s., con más referencias; RUDOLPHI, *SK*, 13/33; SCHAFFSTEIN, *Lackner-FS*, pp. 795 ss.; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, pp. 323 ss.; SANGENSTEDT, *Garantenstellung*, pp. 401 ss., 486 s.; STREE, *Schönke/Schröder*, 13/52; WEHRLE, *Regressverbot*, p. 105.

Cfr. S. T. S. de 5 de diciembre de 1970 (Pte. Casas).

186 En un sentido similar, JAKOBS, *PG*, 21/63.

Es decir, el autor mediato realiza un tipo penal porque las causas de la exclusión de responsabilidad penal que permiten definir al otro como « instrumento » son competencia suya por cualquier razón (engaño, violencia, etc.).

En los supuestos de autoría mediata mediante engaño no es decisivo para la autoría mediata que el que crea el riesgo opere sobre un error y que otra persona que ha favorecido dicho riesgo tenga una mayor visión del suceso. Es preciso que esa situación de irresponsabilidad sea imputable a esa otra persona por haberla creado o haberse servido de la misma¹⁸⁷. Y para constatar dicha incumbencia del « hombre de atrás » es indiferente que haya actuado de forma dolosa o imprudente. Así, por ejemplo, si el « hombre de delante » está inmerso en un error evitable (de tipo o de prohibición), ya no existirá una autoría mediata porque él es responsable de su error¹⁸⁸. Nadie puede ser más responsable que uno mismo de sus conocimientos y desconocimientos. Si alguien favorece conscientemente una creación imprudente de un riesgo no será más que partícipe

187 En el mismo sentido, JAKOBS, PG, 21/68, en esta cuestión muy discutida en la doctrina alemana, y cuyas referencias son recogidas por el propio JAKOBS; TIMPE, JZ 90, p. 97, nota 4, en contra de las tesis de KÜPPER en JZ 89, pp. 942 ss.

188 Con respecto al error de prohibición, BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 347 ss.; GOMEZ BENITEZ, PG, p. 144; JESCHECK, PG, 62 II 5; OTTO, *Jura* 87, p. 255, con más referencias; STRATENWERTH, PG, nº marg. 780. Sobre la posición contraria en la doctrina alemana, HERZBERG, *Täterschaft*, p. 23; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 79, 101 s. Hay que señalar que la discusión alemana, como en mucho otros supuestos referidos a la autoría y participación, está fuertemente condicionada por la regulación del C. P. alemán. Con respecto al error de tipo la doctrina alemana mayoritaria es contraria a la afirmación del texto, ya que la participación en un hecho principal imprudente es impune debido a la influencia de WELZEL en la redacción del actual C. P. alemán: GÖBBEL, *Einwilligung*, p. 122; JAKOBS, PG, 21/72, 74; el mismo, *Imputación*, pp. 168 s.; JESCHECK, PG, 62 I 3; ROXIN, LK, 25/73, 77; STRATENWERTH, *nums. margs.* 760 ss.; TIMPE, JZ 90, p. 97, nota 4. Y algunos de estos autores consideran que el error de prohibición ha de ser tratado igual que el error de tipo, aunque en el caso del error de prohibición si se hablara de participación del hombre de atrás y no de autoría, dicha participación sería punible. JAKOBS, *Imputación*, pp. 168 s. y GA 96, pp. 267 s., señala que « la participación dolosa en una ejecución imprudente, es tratada por el Derecho penal alemán siempre como autoría mediata del « hombre de atrás » que actúa dolosamente. Esta solución es acertada mientras al hombre de atrás le competa el defecto de conocimientos de quien ejecuta. De no ser así, especialmente tratándose de una falta de conocimiento del ejecutor basada en desinterés, sería preferible la solución a través de la participación ». Sobre esta problemática, ROXIN, *Lange-FS*, pp. 178 ss.

Nuestro Derecho no encierra las exigencias del Derecho positivo alemán, por lo que las reglas de imputación del hecho de una persona al « hombre de atrás » pueden ser distintas, como se defiende en el texto. Insisto en la idea de que nuestro C. P. tiene unas reglas de imputación menos dependientes de aspectos subjetivos que las reglas de imputación del C. P. alemán. Por ejemplo, cabe la participación en un hecho imprudente abarcado dolosamente si no se dan otros requisitos objetivos que permitan fundamentar la autoría. No es suficiente para ser autor mediato abarcar dolosamente el comportamiento imprudente de otro. Existen otros requisitos que están más allá del conocimiento o voluntad del autor. Por otro lado, en el Derecho español no hay que acudir a la autoría mediata para evitar que un partícipe doloso no se quede sin la pena que parece merecer, ya que recibe una pena a través de las reglas que regulan la participación criminal (inducción, cooperación). Y de esta manera no hace falta convertir en « instrumento » a alguien que para nuestro Derecho no es tal « instrumento » sino un autor culpable (el autor imprudente). Las contradicciones, deficiencias e insuficiencias de la « teoría del dominio del hecho » tal y como la formuló WELZEL, al no haber sido asumida esta teoría por nuestro Derecho positivo, no son transportables al Derecho penal español.

en sentido estricto, ya que ya no le incumbe a él el comportamiento del autor, sino que éste es responsable de su conducta lesiva¹⁸⁹. El « hombre de atrás » no le arrebatada en estos supuestos la imputación del hecho al « hombre de delante ». La mera tenencia de conocimientos superiores a los de la persona que crea el riesgo, no supone que el riesgo sea imputable a esa persona con mayores conocimientos. Es preciso que se dé el tipo objetivo tal y como lo he desarrollado de forma breve¹⁹⁰. El tipo subjetivo (por ejemplo, el dolo) no puede suplir a los requisitos objetivos ausentes y construir un hecho típico donde éste no existe. El tipo subjetivo sólo puede ir referido al hecho típico.

Por tanto, existen los mismos supuestos de autoría mediata en el ámbito del delito doloso y en el ámbito del delito imprudente:

a) Por crear o aprovecharse el « hombre de atrás » de un error inevitable de tipo o de prohibición en el instrumento¹⁹¹ para hacer el mundo más peligroso. Por ejemplo, una persona conduce una moto o manipula un arma de fuego defectuosa en su fabricación debido a un comportamiento imprudente del fabricante¹⁹². En los casos en los que el error es previo a la intervención del « hombre de atrás », es preciso que a éste le sea imputable el hecho por haber organizado la conexión entre el defecto de conocimiento preexistente y la actuación peligrosa o lesiva del « instrumento ». En los otros casos debe haber producido el error en el « hombre de delante ». En este ámbito tiene mucha importancia el principio de confianza¹⁹³. Por ejemplo, un conductor desconoce que otro no va a respetar en un cruce la señal de stop, en un equipo médico el médico ayudante o la enfermera desconocen que la orden que han recibido es incorrecta y supone crear un riesgo para el paciente¹⁹⁴, etc. O supuestos más sofisticados como el de LENCKNER, que considera

189 JAKOBS, PG, 21/72; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/101.

190 De otra opinión, GOMEZ BENITEZ, PG, p. 143, desde una visión más subjetivizada de la tipicidad: « El hombre de atrás sigue « dominando la voluntad » del ejecutor directo, incluso si el ejecutor directo actúa con imprudencia consciente, ya que ésta tampoco implica voluntad final del resultado, que sigue estando dominado por la voluntad del hombre de atrás »; MIR PUIG, PG, p. 426.

191 AMELUNG, Autoría mediata, p. 324; DIAZ, La Ley 86-4, p. 528; HERZBERG, Täterschaft, pp. 17 ss., 22 s.; JAKOBS, PG, 21/74 ss.; OTTO, Jura 87, p. 254; ROXIN, LK, 25/72, que lo denomina « dominio del error »; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 89 ss., con más referencias, que también denomina estos supuestos como « dominio del error ».

192 Vid. a título de ejemplo la S. T. S. de 18 de octubre de 1982 (Pte. Castro) en la que una madre le da a su hijo recién nacido un biberón con sustancias tóxicas debido a la conducta imprudente de una A. T. S.

193 Vid., por ejemplo, la S. T. S. de 6 de julio de 1968 (Pte. Escudero).

En este tema han profundizado SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 113 ss. en la doctrina alemana y JORGE BARREIRO, Imprudencia, p. 125, en la doctrina española. Vid. además GIMBERNAT, ADP 94, pp. 46 s.; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/101 a; MIR PUIG, PG, p. 398, nota 33; REYES, Imputación, pp. 155 s.; SILVA, Derecho y Salud 94, p. 62.

194 S. T. S. de 15 de enero de 1986 (Pte. Latour). JORGE BARREIRO, Imprudencia, p. 125.

que en los supuestos de instituciones o asociaciones que ofrecen reglas de la técnica (por ejemplo, las normas DIN alemanas) como indicio de lo que son comportamientos correctos, dichas instituciones o asociaciones responden penalmente si como consecuencia de la insuficiente comprobación de estas reglas el profesional crea un riesgo sin conciencia de ello por confiar en la validez de la regla técnica¹⁹⁵.

No se debe entender como autoría mediata sino a lo sumo como inducción, sin embargo, el hecho de darle a alguien unos motivos falsos para realizar el delito. En casos como éste el autor actúa de forma libre y responsable y no concurre en él ningún defecto que impida que se le pueda imputar el delito. El hecho de que la motivación que se le dé al autor sea verdadera o falsa no influye en la calificación jurídica de tal actividad como autoría mediata o inducción. El error sobre el motivo de la acción es siempre un error irrelevante a efectos de imputación¹⁹⁶.

b) Por encontrarse el instrumento en una situación de justificación creada o aprovechada por el « hombre de atrás »¹⁹⁷. Típicas son las situaciones de necesidad en las que, por ejemplo, un conductor se ve obligado a poner en peligro o lesionar bienes jurídicos ajenos debido a la conducción imprudente de otro conductor¹⁹⁸.

c) Por encontrarse el instrumento en una situación de inexigibilidad creada o aprovechada por el « hombre de atrás »¹⁹⁹. Se trata de situaciones en las que el que crea el riesgo tiene su capacidad de decisión mermada por la actividad del autor mediato. Por

195 Engisch-FS, pp. 504 ss. Sobre supuestos de esta índole, SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 126 ss.; sobre la responsabilidad del arquitecto al asesorar a un constructor lego en la materia, GALLAS, Verantwortlichkeit, p. 35; PAREDES, El caso de la colza, pp. 180 ss., con respecto a la organización de una empresa fabricante de productos de consumo; sobre la responsabilidad de los especialistas científicos de una empresa con respecto a la toma de decisiones de sus órganos directivos en referencia a la comercialización de productos, SCHMIDT-SALZER, NJW 90, pp. 2971 s.; sobre la posible responsabilidad del legislador, REYES, Imputación, p. 189.

KAMPS, Arbeitsteilung, pp. 236 ss., recoge un caso curioso de la jurisprudencia alemana, en el que un médico aplica un tratamiento novedoso que ha leído en una revista especializada. Su paciente se muere de una sobredosis debido a que existía una errata en la revista que señalaba una dosis diez veces superior a la correcta. En el siguiente número de la revista de aparición mensual aparece recogida la errata, que no es leída por el médico.

Vid. también el Cap. 27 del Leviathan de HOBBS: « Aquél cuyo error se descansa en la autoridad de un instructor jurídico o de un intérprete de la ley autorizado oficialmente, actúa de forma menos defectuosa que aquél cuyo error reside en el inquebrantable seguimiento de sus propios principios y conclusiones ».

196 JAKOBS, PG, 21/101 y STRATENWERTH, PG, nº marg. 783 consideran que es un tema indiscutido en la doctrina alemana.

197 HERZBERG, Täterschaft, pp. 14 s.; JAKOBS, PG, 21/81 ss., con abundantes referencias y ejemplos; el mismo, JR 87, pp. 340 ss.; MIR PUIG, PG, p. 405.

198 S. T. S. de 22 de junio de 1962 (Pte. Calvillo).

199 HERZBERG, Täterschaft, pp. 13 s.; MIR PUIG, PG, p. 406, se refiere al miedo insuperable; OTTO, Jura 87, p. 254, con más referencias; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 81 ss., con más referencias.

ejemplo, un terrorista amenaza a un taxista con un arma de fuego para que atraviese la ciudad a 100 km/h sin respetar los semáforos para poder, así, huir de la policía.

Desde luego no he pretendido en estas breves líneas resolver el problema de la autoría mediata. Intencionadamente he omitido los principales problemas que ofrece esta figura. Sin embargo, creo haber demostrado dos cosas: la perfecta compatibilidad de este figura con la teoría del tipo objetivo desarrollada a lo largo de este capítulo y la posibilidad de una aplicación sin problemas en el ámbito de la delincuencia imprudente. Es más, una vez que se ha abandonado una consideración causal del tipo objetivo en el delito imprudente, la autoría mediata es una figura necesaria para solucionar muchos problemas concretos, como he intentado mostrar con los ejemplos utilizados.

IV.C. ¿ « Prohibición de regreso » ?

1. De acuerdo con el concepto restrictivo de conducta típica y de autor utilizado en este trabajo, la conducta de todo partícipe (inductor, cooperador, cómplice) no es penalmente relevante²⁰⁰ hasta que el autor comienza a ejecutar el tipo, es decir, llega al estadio de la tentativa. Por ejemplo, darle una pistola a alguien no pasa a ser un favorecimiento típico de un riesgo hasta que el autor apunta a la víctima con dicha pistola. En esta idea se ha basado siempre el principio de accesoriedad: la punición del partícipe depende de que el autor llegue a comenzar la ejecución típica²⁰¹. Este principio de accesoriedad cualitativa casa perfectamente con el concepto restrictivo de creación de un riesgo defendido en este trabajo²⁰². Por tanto, puede que al desvalor de la conducta del

200 -----
Salvando la excepción de los actos preparatorios excepcionalmente castigados en nuestro C. P.

201 JAKOBS, GA 96, pp. 259 s.

202 PEÑARANDA, Participación, p. 327, resalta como el hecho principal tiene que « haber empezado a ser ejecutado por el autor para que también el partícipe pueda ser hecho responsable de una tentativa », concretando en la p. 336 que es necesario « que el hecho tenga que estar cualificado ya como delito en la persona del autor (o los coautores) para que se pueda hacer responder del mismo a inductores y cómplices ». La idea de la accesoriedad cualitativa está íntimamente ligada a la aceptación moderna de que el autor y el partícipe realizan el mismo injusto. La conducta del partícipe sólo es relevante para el Derecho penal en relación a la conducta del autor, sólo en esta relación cobra sentido típico el comportamiento del partícipe. Sobre esta idea mayoritaria hoy en día: BLOY, *Beteiligungsformen*, pp. 96 ss.; JAKOBS, PG, 22/1 ss.; LESCH, *Beihilfe*, pp. 161 ss.; PEÑARANDA, Participación, pp. 329 ss.; DEL ROSAL, *Inducción*, pp. 184, con nota 1, 190 s.; ROXIN, LK, antes de 26/10 ss.; el mismo, *Stree/Wessels-FS*, pp. 369 ss.; RUIZ ANTON, CPC 80, pp. 52 s.; SAMSON, SK, antes de 26/11 ss., que se ocupan a su vez de las contribuciones más importantes. Es minoritaria hoy en día la idea de que el partícipe realiza un injusto distinto o autónomo del autor. En esta idea minoritaria, las teorías más extendidas son: a) La « teoría de la corrupción » como teoría de la participación en la culpabilidad, cuyo representante más destacado es H. MAYER (cfr. JAKOBS, PG, 2/nota 1; RUIZ ANTON, CPC 80, pp. 50 s., 56 s.; SAMSON, SK, antes de 26/5) y la « teoría de la corrupción como teoría de la participación en el injusto » de TRECHSEL (cfr. JAKOBS, PG, 2/nota 2; ROXIN, *Stree/Wessels-FS*, pp. 366 s.; RUIZ ANTON, CPC 80, pp. 51, 57; SAMSON, SK, antes de 25/6); b) las « teorías puras de la

autor vaya unido el desvalor de una serie de conductas que hayan facilitado, favorecido o motivado su actuación.

2. Sin embargo, este principio de accesoriedad que es un principio garantístico que limita la intervención del Derecho penal²⁰³ y que es consecuencia de un régimen de libertades que no se inmiscuye en los asuntos privados del ciudadano, debe ser compatible con otro principio irrenunciable para un Derecho penal moderno: nadie puede

causación » cuyos representantes más destacados son LÜDERSEN (Strafgrund, *passim*, aunque ha modificado recientemente su posición en Miyazawa-FS), SCHMIDHÄUSER (PG, 14/56 ss., 77 ss. y Studienbuch 10/9 ss.) y M. K. MEYER (GA 79, *passim*); c) la última propuesta en este sentido es la teoría de SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 44 ss., de la solidaridad con un injusto ajeno.

El rechazo a la accesoriedad no es compatible con un Derecho penal liberal que respeta esferas privativas de libertad. Una conducta de participación en un momento preparatorio (dar un veneno al autor) sólo puede ser un « ejemplo insostenible » (SCHUMANN, Selbstverantwortung, p. 49) desde un punto de vista ético, pero no desde el punto de vista del Derecho penal, porque no existe todavía un hecho típico. Si una conducta supone por sí misma un « ejemplo insostenible » desde el punto de vista del tipo, se trata de una conducta de un autor y no de un partícipe. Por tanto, no se puede aceptar la transposición que hace SCHUMANN de la « teoría de la impresión » desde la doctrina de la tentativa a la de la participación, al fundamentar la solidaridad con el injusto ajeno en que se trata de algo social-psicológicamente peligroso para la fuerza vinculante del Derecho, que es apropiado para impresionar el sentimiento de paz jurídica y que por ello supone un ejemplo insostenible. Darle una pistola a otro para que mate no es todavía una tentativa de homicidio. A excepción de SCHUMANN, las otras teorías que niegan la accesoriedad ofrecen más descripciones fenomenológicas que argumentos normativos que tengan que ver con la función del Derecho penal en un Estado moderno (cfr. FRISCH, Verhalten, p. 301, nota 245) y que tengan en cuenta principios irrenunciables de imputación jurídico-penal.

Esta idea minoritaria que rechaza la accesoriedad se encuentra estrechamente unida al concepto unitario de autor. Esto ha sido puesto en evidencia, por ejemplo, por DIAZ, Autoría, p. 117: « El rechazo de la accesoriedad de ciertas formas de intervención es el rasgo y consecuencia fundamental del concepto unitario, de la que se derivan prácticamente todas las demás ».

ROXIN, Stree/Wessels-FS, pp. 365 ss. ha desarrollado la idea de que el injusto de la participación es en parte autónomo y en parte derivado del del hecho principal, con importantes críticas para todos aquellos autores que niegan el principio de accesoriedad como límite de la imputación jurídico-penal. Critica esta contribución de ROXIN, LÜDERSEN, Miyazawa-FS, p. 454.

En cuanto al tema de la accesoriedad cuantitativa en el marco de la coautoría no es este trabajo el lugar para pronunciarse. Mientras la doctrina mayoritaria en Alemania y en España (GLEZ. RUS, Autoría, p. 123; JAKOBS, PG, 21/61, con más referencias, 22/19 s.; KÜPER, Versuchsbeginn, pp. 11 ss., 69 ss., con más referencias; MAURACH/GÖSSEL, PG, 49/100; PEÑARANDA, Participación, pp. 283 ss.) y la Jurisprudencia alemana (NJW 93, p. 2251) defienden la denominada « solución colectiva o global » frente a la « solución individual » en los supuestos en los que no todos los coautores llega a ejecutar el hecho, un sector minoritario, dentro del que se encuentran autores de gran talla, defienden la « solución individual » (BLOY, Beteiligungsform, p. 266; DIAZ, Autoría, p. 136, nota 324, 656, nota 386 y 693 s., incluida nota 487; RUDOLPHI, Bockelmann-FS, pp. 384 ss.; el mismo, SK, 22/19 a). Sin embargo, ambas soluciones (codelincuentes que no han superado la fase preparatoria han de ser castigados como autores o como partícipes) se basan en la idea de la accesoriedad: nadie del colectivo puede ser castigado hasta que al menos un miembro del mismo llegue al estadio de la tentativa. Ambas posiciones, pues, parten de un concepto restrictivo de creación de riesgo y, por tanto, de autoría. Como ya señalé más arriba, en estas páginas no me puedo dedicar a la problemática de la distinción entre coautoría y participación, que es un problema que necesita un estudio monográfico.

203 PEÑARANDA, Participación, p. 336: « La accesoriedad en sentido estricto, de acuerdo con su origen y su inspiración liberal es únicamente un factor de limitación de la responsabilidad ». En un sentido similar, HERZBERG, ZStW 99, p. 67, que resalta como el principio de accesoriedad es un derivado de una teoría material del tipo y no un mero principio técnico-formal; JAKOBS, Imputación, p. 154.

ser hecho responsable de la conducta o del injusto de otro²⁰⁴. Al partícipe no se le puede imputar el hecho de otro, sino su propio hecho. Por tanto, favorecer, facilitar o motivar la creación de un riesgo no es algo que deba interpretarse de forma puramente causal, sino que la conducta del partícipe debe adquirir desde el principio el significado de auxilio o cooperación a la ejecución del hecho típico²⁰⁵. Los tipos de participación recogen también la descripción de una conducta y no sólo una relación causal²⁰⁶. No se le puede reprochar a una persona que realice una conducta socialmente adecuada, y que, posteriormente, ésta se vea transformada por un tercero en una conducta delictiva. Por ejemplo, nadie duda de que los padres del asesino o el fabricante de cuchillos no son partícipes en el asesinato o de que el ingeniero que dirige la construcción de una carretera no puede ser hecho responsable de las conductas antijurídicas de los usuarios de la misma. Es decir, existe la idea de que en ciertos casos es deseable frenar una excesiva responsabilidad « hacia atrás ». Esta idea, que siempre se ha perseguido con el término poco claro de la « prohibición de regreso »²⁰⁷, precisa una mayor determinación dogmática, pretendiendo aquí realizar alguna aportación en este sentido. En mi opinión, se trata de un problema del ámbito de protección de las reglas de participación del C. P. En especial, una cuestión relacionada con el tipo objetivo de las diversas formas de participación. Lo que está claro es que en muchos supuestos es más fácil no imputar un riesgo o un resultado a una persona cuando entre su actuación y el surgimiento de dicho riesgo o resultado se constata un comportamiento libre y responsable de un tercero²⁰⁸. La teoría del « dominio del hecho » no nos ofrece en este ámbito ninguna ayuda. Al negar el « dominio del hecho » a los partícipes (es lo que diferencia la autoría de la participación), deja el injusto de participación como un injusto de causalidad (tipo objetivo) más posibilidad de evitar o

204 La problemática relación de estos dos principios ya fue puesta de manifiesto por PEÑARANDA, Participación, p. 336. Vid. también BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 138, con más referencias, 250 ss.; CRAMER, *Schönke/Schröder*, 15/148; JAKOBS, GA 96, p. 259; KRATZSCH, *Oehler-FS*, p. 77; LESCH, *Beihilfe*, p. 165, con más referencias; OTTO, *Jura* 92, pp. 92, 97, con más referencias; el mismo, *Spendel-FS*, p. 278, con más referencias; el mismo, PG, 6 III 2 y 21 V 4 a); RUDOLPHI, SK, antes de 1/72; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 2, 112 s. y *passim*, que establece este principio como fuente de inspiración de su monografía; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 80; WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 275.

205 JAKOBS, GA 96, pp. 259 s.

206 BLOY, *Beteiligungsform*, p. 272.

207 NAUCKE, *ZStW* 76, p. 425, resalta ciertas razones procesales señalando como la « prohibición de regreso » sería de gran importancia para las dimensiones de las actividades investigadoras de la policía y de la fiscalía. En todo delito de resultado habría que indagar a aquellas personas que hubieran creado condiciones previas para la ejecución del delito. En la mayoría de los casos hay personas que han puesto una condición que no puede ser eliminada mentalmente sin que desaparezca el homicidio o las lesiones en su forma concreta. Desde el punto de vista práctico, esto es suficiente para la iniciación de un procedimiento. Difícilmente puede ser soportable la amplitud de las investigaciones penales que queda delineada de este modo.

208 WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 274 s.

finalidad (tipo subjetivo). La visión del tipo objetivo desarrollada hasta este momento posibilita, por el contrario, unos mayores filtros objetivos.

3. Esta cuestión no tiene nada que ver con la « interrupción del nexo causal »²⁰⁹. Sin duda existe un nexo causal en supuestos como los de los padres o los del ingeniero que construye carreteras. Como suele pasar cuando se acude a esta fórmula, en realidad lo que se está afirmando es una limitación de la imputación jurídico-penal, como un problema de valoración (imputación) y no de constatación empírica (causalidad)²¹⁰. Lo que sucede es que en las formulaciones más primitivas causalidad y responsabilidad son conceptos que desempeñan una misma función. Es decir, en realidad lo que se pretende decir con esta fórmula es que se niega la imputación del hecho a pesar de que exista una relación de causalidad. Precisamente, la presencia de esa relación de causalidad es la que hace dudar en ciertos casos si existe una responsabilidad jurídico-penal a título de participación.

4. Sobre esta idea se construye la « teoría de la prohibición de regreso » como

²⁰⁹ La « teoría de la interrupción del nexo causal » en este ámbito fue defendida, entre otros, por GOLDAMMER, GA 15, p. 19; v. BAR, Kausalzusammenhang, pp. 22 ss., 53 ss., 65 ss., aunque posteriormente cambiara de opinión en Gesetz und Schuld II, pp. 91, nota 2, 219 ss. En la actualidad es defendida en nuestra doctrina por COBO/VIVES, PG, pp. 346 s. y CARBONELL/GLEZ. CUSSAC, PE, pp. 506 s.: « De mayor trascendencia práctica son sin duda los problemas relativos a la interrupción del nexo causal. Como regla general, la actuación dolosa de un tercero siempre rompe el nexo causal, pues la relación causal no puede entonces remontarse hasta el primer comportamiento, al quebrarse todo enlace con el resultado (prohibición de regreso). La situación varía en los supuestos de actuar imprudente de un tercero, donde no siempre puede afirmarse la ruptura del nexo causal conforme a leyes necesarias. Como sostienen Cobo del Rosal y Vives Antón, no puede aquí sentarse reglas generales, pues habrá que examinar si la conducta imprudente del tercero originó consecuencias no predecibles, eliminando entonces la causalidad ».

Sobre esta posición, en sentido crítico, y con más referencias a favor y en contra de dicha teoría, BLOY, Beteiligungsform, pp. 126 ss., en profundidad; CORCOY, El delito imprudente, p. 531; JAKOBS, PG, 7/27; LARENZ, NJW 55, passim; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/77; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 348; MEYER, Ausschluß der Autonomie, pp. 109 s.; PEÑARANDA, Participación, pp. 288 s.; REYES, Imputación, pp. 320 ss.; ROXIN, Tröndle-FS, p. 177; RUDOLPH, SK, antes de 1/49; SCHLÜCHTER, JuS 76, p. 379; SCHMIDHÄUSER, PG, 8/73; el mismo, Studienbuch, 5/73; SPENDEL, JuS 74, p. 755; WEHRLE, Regressverbot, pp. 21 ss.

²¹⁰ Ya los posthegelianos entendían esta primitiva « interrupción de la causalidad » como « interrupción de la responsabilidad »: v. BAR, Gesetz und Schuld, pp. 162 ss.; M. E. MAYER, Kausalzusammenhang, pp. 93 ss., 100 ss.

En el mismo sentido del texto toda la doctrina que ha tratado este tema: EBERT, Jura 79, p. 568; JAKOBS, ZStW 89, p. 6, señala como la expresión « interrupción del nexo causal » no es más que una metáfora de que no toda condición supone la realización del tipo objetivo, lo que ya había sido afirmado por ENGISCH, Kausalität, p. 81; el mismo, PG, 7/27; LARENZ, NJW 55, pp. 1011 ss.; H. MAYER, PG, pp. 138, 312, señalando que una relación de imputación o responsabilidad sí puede ser interrumpida; el mismo, Grundriß, p. 74; OTTO, PG, 6 III 3; REYES, Imputación, p. 337; ROXIN, PG, 11/24, 97; RUDOLPH, SK, antes de 1/49; SCHAFFSTEIN, Lackner-FS, p. 799; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 2 ss., con base en el principio de la « autorresponsabilidad » de terceros; WEGNER, PG, p. 102; WELP. Vorangegangenes Tun, pp. 299 s., habla de « interrupción de la relación de responsabilidad ».

teoría normativa o valorativa, alejada de consideraciones basadas en la causalidad. Sin embargo, la solución de esta teoría resulta difícilmente asumible partiendo de los presupuestos que orientan este trabajo: un primer límite a la imputación debe encontrarse en el tipo objetivo. Es decir, no resulta asumible en principio que la limitación de la responsabilidad se haga depender exclusivamente de que el partícipe actúe de forma dolosa o de forma imprudente²¹¹. De acuerdo con lo afirmado hasta aquí, no existen diferencias entre ambas modalidades de participación y el fundamento de la imputación objetiva en el delito imprudente es el mismo que el de la imputación objetiva en el doloso. Por esta razón, la tradicional « teoría de la prohibición de regreso » formulada por FRANK²¹² conforme a la cual todo favorecimiento imprudente de una conducta dolosa y

211 De acuerdo, REYES, Imputación, p. 328.

212 StGB, § 1, núm. III 2 a. FRANK consideraba que no se podía considerar causa del resultado típico a una condición previa de una condición que se dirige libre y conscientemente (de forma dolosa y culpable) a la producción de un resultado. El propio FRANK consideraba que en esta constelación de casos « existe relación de causalidad, pero las condiciones en cuestión no son causas ». Quien crea una precondition de esta especie sólo puede responder como partícipe en caso de que se den los presupuestos legales de la participación.

De acuerdo en la formulación, LARENZ, NJW 55, pp. 1012 s. y H. MAYER, PG, pp. 138, 312 y Grundriß, pp. 73 s., ambos de acuerdo con su visión de la « imputación objetiva » y su visión hegeliana de la imputación, aunque ambos le critican a FRANK (LARENZ, NJW, p. 1012 y H. MAYER, PG, p. 145, nota 47) que no ofrezca ningún fundamento sólido para su teoría. Con matices, muestra su simpatía por la formulación de FRANK, BINDOKAT, JZ 86, pp. 423 ss.

En contra de la formulación de FRANK, CEREZO, PG, pp. 299 s.; GALLAS, Beiträge, pp. 91 s.; el mismo, JZ 60, p. 690, nota 80; HERZBERG, Täterschaft, p. 100: « la prohibición de regreso no es obligatoria desde un punto de vista dogmático y poco asumible desde un punto de vista político criminal »; JAKOBS, Imputación, pp. 168, 172, considerándola ya superada; el mismo, GA 96, p. 267; ROXIN, Gallas-FS, p. 244: « esta teoría no es correcta como principio general ni dogmática ni político criminalmente », aunque la considera correcta cuando se favorece imprudentemente una autolesión (Tröndle-FS, pp. 185 s.; PG, 11/97); el mismo, LK, 25/218; RUDOLPHI, SK, antes de 1/72, con más referencias; SCHAFFSTEIN, Lackner-FS, p. 798; SCHROEDER, SK, 16/184; SPENDEL, JuS 74, p. 755, aunque llega a las mismas conclusiones por la vía de la regulación legal de la participación en Alemania; WELZEL, PG, p. 44, aunque en p. 217 considera que la « teoría de la prohibición de regreso » todavía resulta útil en los supuestos de responsabilidad por inferencia. Los partidarios de la « teoría del dominio del hecho » se opusieron a la tradicional « teoría de la prohibición de regreso », entendiendo que el favorecimiento imprudente (objetivamente previsible sin concurrir riesgo permitido) de un delito doloso y culpable suponía siempre una autoría imprudente. En contra también la Jurisprudencia alemana: RGSt 58, p. 366; RGSt 61, pp. 320 s. (« caso del incendio en la buhardilla »), comentada infra 15; RGSt 63, pp. 386 s.; RGSt 64, p. 318 (« caso del infanticidio »); RGSt 64, pp. 372 s. (« caso del homicidio por envenenamiento »), donde en realidad se condena por sospecha de que podía haber una mayor responsabilidad: una mujer suministra a su amante una sustancia venenosa que es empleada por éste para matar a su esposa (cfr. H. MAYER, PG, pp. 138 s.; el mismo, Grundriß, p. 74 y STRATENWERTH, PG, nº marg. 1163, que con respecto a estas dos últimas sentencias critican la « responsabilidad por sospecha de dolo »); RGSt 77, p. 17; BGHSt 7, p. 122; BGH, GA 1960, p. 111. Sobre la oposición de la doctrina y Jurisprudencia alemanas a esta teoría, cfr. DREHER/TRÖNDLE, StGB, antes de 13/ 18 b; JAKOBS, PG, 7/nota 36; ROXIN, PG, 11/24; RUDOLPHI, Gleichstellungsproblematik, p. 132, nota 54. SCHÜNEMANN, JA 75, p. 718, considera que esta versión de la « prohibición de regreso » que denomina como político criminal-teológico, es más difícil de rebatir que la anterior teoría de la « interrupción del nexo causal », ya que en muchos casos el favorecimiento no doloso parece no merecedor de pena. Sin embargo, WEHRLE, Regressverbot, pp. 4, 29 ss., señala como desde 1930 no se conoce en Alemania o Suiza una sentencia en la que se condene a alguien por favorecer de forma imprudente un delito doloso. En cambio, en la doctrina austríaca se reconoce una interrupción de la imputación debido a la conducta posterior dolosa o gravemente imprudente de otra persona.

culpable²¹³ es impune no puede ser aceptada como criterio general. Además, carece de una fundamentación suficiente como expondré a continuación²¹⁴. No parece lógico, en principio, equiparar valorativamente una conducta de participación socialmente inadecuada con una conducta socialmente adecuada. El problema de la teoría de la « prohibición de regreso » es que « regala » impunidad sin que el beneficiario se lo merezca, ya que, en principio, ha infringido una norma penal²¹⁵. Simplemente se le « regala » porque otra u otras personas también se han portado defectuosamente²¹⁶.

NAUCKE, ZStW 76, p. 410, delimita lo que tradicionalmente se ha entendido como « prohibición de regreso », insistiendo en que en ocasiones se trataban bajo este título en la doctrina tradicional cuestiones distintas como la autoría accesorio imprudente, el favorecimiento de autolesiones dolosas, el favorecimiento con autores inimputables, la imbricación del actuar doloso e imprudente, la actuación conjunta dolosa sin acuerdo, etc.

Se ocupan de esta teoría en sentido tradicional: CORCOY, El delito imprudente, pp. 528 ss.; FRISCH, Verhalten, pp. 233 ss.; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 348; PENARANDA, Participación, pp. 289 s.; REYES, Imputación, pp. 326 ss.; SCHLÜCHTER, JuS 76, pp. 379 s.; WEHRLE, Regressverbot, pp. 33 ss.

La Jurisprudencia española también ha rechazado en alguna ocasión la « teoría tradicional de la prohibición de regreso » (S. T. S. de 29 de enero de 1983 -Pte. García Miguel-), aunque en una reciente sentencia de 29 de enero de 1993 (Pte. Díaz Palos) la ha hecho resurgir: « Ello parecería llevar a un caso de participación culpable (del recurrente) en un delito doloso (perpetrado por el otro procesado), pero tal conmixción de signos culpables dentro de la participación en un mismo delito es generalmente rechazado por la doctrina por entender que la nueva causa dolosa interrumpe el proceso de causalidad iniciado por el reo culpable ».

²¹³ Como se puede apreciar, ya la « teoría tradicional de la prohibición de regreso » había contemplado como excepción ciertos supuestos de autoría mediata, como el favorecimiento de conductas no culpables (cfr. v. BAR, Gesetz und Schuld, pp. 228 s.; FRANK, StGB, § 1, núm. III 2 a; WEHRLE, Regressverbot, p. 86). Aunque, como ya he expuesto, esta excepción también precisa mayores concreciones.

²¹⁴ WEHRLE, Regressverbot, p. 36.

Las consideraciones de FRANK estrechamente ligadas a la « teoría de la interrupción del nexo causal » en su intento de distinguir la causalidad físicamente mediada de la causalidad psíquicamente mediada ya no sirven. El criterio de la « causalidad psíquicamente mediada », de acuerdo con la cual una condición previa a una condición libre y voluntaria no debe ser tomada en consideración, no tiene ningún anclaje racional. Además, los códigos penales europeos conocen tanto la participación psíquicamente mediada como la autoría físicamente mediada (cfr. BLOY, Beteiligungsform, pp. 130 s.; ROXIN, Tröndle-FS, p. 178). En realidad, lo que se defiende es la impunidad de la participación imprudente (cfr. WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, p. 88). Aunque no se puede negar que FRANK presentó la cuestión ya como un problema normativo y no empírico (Cfr. BLOY, Beteiligungsformen, p. 130; JAKOBS, PG, 7/nota 37): ¿ Hasta dónde puede retroceder la responsabilidad por un riesgo o un resultado con respecto a las personas que no han realizado el tipo de la parte especial sino que sólo lo han favorecido ? Otros argumentos que se han ofrecido posteriormente por los partidarios de esta formulación del instituto de la « prohibición de regreso » que no son combatidos en el texto, y que sí lo han sido por BLOY, Beteiligungsform, pp. 137 s., JAKOBS, ZStW 89, pp. 7 s. y RUDOLPHI, Gleichstellungsproblematik, pp. 133 s., no son más que redundancias, argumentaciones circulares sobre la misma idea o una *petitio principii* :

a) imprudentemente no se puede dominar un suceso en el que existe un autor doloso (H. MAYER, PG, p. 138; NAUCKE, ZStW 76, pp. 432 ss.);

b) la forma más fuerte de imputación (acción dolosa) excluye la forma más leve de imputación (LARENZ, NJW 55, p. 1012; NAUCKE, ZStW 76, p. 430, nota 80);

c) mediante la intromisión de un hecho doloso se interrumpe el nexo de imputación entre el actuar imprudente y el resultado (LAMPE, ZStW 71, p. 615; LARENZ, NJW 55, p. 1012; H. MAYER, PG, p. 138).

²¹⁵ RUDOLPHI, Gleichstellungsproblematik, pp. 134 ss.

²¹⁶ HERZBERG, Täterschaft, p. 100.

Además, la idea político criminal de que la pena aplicada al autor ya satisface las necesidades preventivo generales y de intervención del Derecho penal²¹⁷, puede ser aplicada a todos los supuestos de participación, también a los dolosos²¹⁸. En estos supuestos se puede decir también que « la acción del primer actuante está tan lejos de la producción de la muerte en sentido estricto, que difícilmente nadie podría pensar que esa acción puede estar prohibida penalmente como causación de la muerte »²¹⁹. Pero para ello están las reglas de los arts. 27 ss. C. P. en Derecho español. Por tanto, este argumento no debe tener mayores consecuencias a la hora de interpretar dogmáticamente las reglas de la imputación accesoria. Además, lo que se esconde detrás de esta idea es que las penas en el ámbito del delito imprudente más que retribuir culpabilidad, cumplen el papel de rellenar lagunas de punibilidad, lo que es inaceptable²²⁰. La culpabilidad dolosa e imprudente cumplen un mismo papel y tienen un mismo fundamento. Los códigos penales no hablan de dos principios de culpabilidad distintos. Al mismo tiempo, esta idea considera equivocadamente que el Derecho penal se dedica a buscar algún « chivo expiatorio » y no a desvalorar determinadas modalidades de conducta. En mi opinión, la « teoría tradicional de la prohibición de regreso » no es aceptable, por lo que en aquellos casos en los que el riesgo o el resultado típicos son responsabilidad de una cadena de sujetos, la imputación jurídico-penal debe retroceder hasta el último de los eslabones que se haya comportado de forma desaprobada por la norma. Hasta aquí no se ha demostrado, pues, porqué ciertos hechos imprudentes no se merecen ser declarados como injusto merecedor de pena.

Las consecuencias a la que llega esta teoría sólo son admisibles para aquéllos autores que como DIAZ²²¹ y LUZON PEÑA²²² en nuestro país o LAMPE²²³, H. MAYER²²⁴,

²¹⁷ v. BAR, Gesetz und Schuld II, pp. 218 ss.; H. MAYER, PG, pp. 138, 312: « No existe necesidad alguna de penar al partícipe imprudente, si el hecho ya se ve expiado mediante la imposición de la pena al autor doloso »; LAMPE, ZStW 71, pp. 625 s.; NAUCKE, ZStW 76, pp. 424 s, con más referencias.

La idea de que la participación imprudente puede tener un castigo suficiente mediante delitos de peligro abstracto que prohíban entregar sustancias venenosas, armas de fuego, etc., no tiene suficientemente en cuenta que en estos casos se está desvalorando la conducta por su relación con un peligro concreto y una lesión. En un sentido similar, SPENDEL, JuS 74, p. 756.

²¹⁸ JAKOBS, ZStW 89, p. 9.

²¹⁹ NAUCKE, ZStW 76, p. 426.

²²⁰ Por esa razón NAUCKE, ZStW 76, pp. 425 s., argumenta diciendo que « la prevención general ya es de por sí problemática en los hechos que sólo pueden cometerse por imprudencia ». Este tema ya ha sido tratado en los dos capítulos anteriores desde una perspectiva general, por lo que no hace falta desarrollar porqué esta idea no es asumible en este trabajo. Por esa visión errónea de la imputación a título de imprudencia considera NAUCKE que ya en estos casos « la punición del primer actuante por homicidio imprudente carece de objeto desde el punto de vista de la prevención general ».

Nunca la punición de un injusto culpable carece de objeto, ya que sino se estaría dando por buena la conducta delictiva. La cuestión, es: ¿ Son estos hechos injusto tipificado por una norma penal ?

²²¹ Autoría, pp. 283, nota 94, 631 ss., 691.

²²² Derecho Penal de la Circulación, pp. 79 s., 89 s., 92 ss., 107 ss. y PG, pp. 384 s., 392.

NAUCKE²²⁵ OTTO²²⁶, SPENDEL²²⁷, STRATENWERTH²²⁸ y WELP²²⁹ en Alemania²³⁰ consideran que todo supuesto de participación imprudente es impune²³¹. Anteriormente

223 ZStW 71, pp. 613 ss.

224 PG, p. 312 y Grundriß, p. 74.

225 ZStW 76, pp. 424 ss. En contra, SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, pp. 210 ss. CEREZO, ADP 66, pp. 151 ss., realiza una recensión crítica del artículo de NAUCKE.

226 Maurach-FS, pp. 96 ss., JuS 74, pp. 705 s., NJW 74, pp. 532 s., Jura 87, p. 258. De acuerdo, EBERT, Jura 79, pp. 569 s. OTTO considera que la persona que imprudentemente ha abierto la posibilidad de una comisión dolosa carece de la « posibilidad de dominio del hecho » y que, por tanto, su comportamiento es impune. Este autor considera que pierde la posibilidad de dominar el riesgo el que de modo imprudente facilita un dominio del riesgo de alguien que actúa libre y conscientemente. OTTO replantea la « teoría del dominio del hecho » con base en su idea de la « posibilidad de dominar o conducir el suceso ». OTTO incurre en un grave error metodológico: no diferencia entre los problemas que suscita el hecho de que alguien haya favorecido la creación de un riesgo y los problemas de imputación del resultado que surgen cuando dos personas han creado riesgos distintos (vid., por ejemplo, Jura 92 y PG, 6 III 3, 21 V 4 a). En el mismo error metodológico incurre SCHÜNEMANN, JA 75, p. 718, por querer convertir toda la problemática de la imprudencia en una cuestión de imputación de resultados.

En contra de la posición de OTTO, LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/92; ROXIN, Tröndle-FS, pp. 181 s., atacando sobre todo al concepto de « posibilidad de dirigir o dominar », por ser demasiado impreciso para servir como criterio general de imputación. OTTO todavía no ha superado estas críticas de autores tan importantes en el ámbito de la ciencia jurídico-penal alemana.

Sobre el traspaso que hace OTTO a la problemática de la participación en autolesiones o autopuestas en peligro de su « teoría de la interrupción de la imputación » con base en la idea de la « posibilidad de dominar », que se termina allí donde interviene otro en el suceso libre y conscientemente, pasando éste a dominar el proceso causal, , vid. infra nota 411.

227 JuS 74, p. 756.

228 PG, nums. margs. 1010, 1153.

229 Vorangegangenes Tun, pp. 283 ss., 299 ss., con más referencias. WELP, además, se ha preocupado por darle una mayor fundamentación material a la « prohibición de regreso » más allá de la mera referencia a la no punibilidad de la participación imprudente en el Derecho positivo alemán. Ha ofrecido dos razones:

a) Los deberes de cuidado referidos a conductas ajenas dolosas son indeterminables (p. 285).

b) La punición de estas conductas supone una excesiva limitación de la libertad de actuación sobre todo teniendo en cuenta que los otros son siempre autorresponsables (pp. 285 s.). « La influencia no dolosa en la libertad ajena no es contraria a deber ni necesita una autorización especial, sino que siempre es « socialmente adecuada » sea cuales sean las circunstancias ».

Crítican a WELP, que a su vez había criticado la posición de RUDOLPHI: BLOY, Beteiligungsform, pp. 140 ss.; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 70 ss.; HERZBERG, Unterlassen, pp. 303 ss.; JAKOBS, ZStW 89, pp. 11 ss., considerando que en el ámbito del delito imprudente exagera en la exclusión de toda posibilidad de imputación, mientras en el ámbito del delito doloso exagera en sentido contrario al considerar que no se excluye nunca la imputación cuando hay relación causal y dolo; ROXIN, Tröndle-FS, pp. 179 ss.; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, pp. 210 ss., considerando que no se puede generalizar y que ciertos garantes de ciertos objetos o sustancias especiales (venenos, armas de fuego, etc.) tienen que responder. La posición extrema de WELP de que la delimitación de ámbitos de responsabilidad hace que nunca se tenga nada que ver con la conducta delictiva de otro, ha sido generalmente rechazada. Entre otras cuestiones, es incompatible con la existencia de reglas de participación. Consecuentemente, la posición de WELP tendría que haber conducido a considerar las normas que regulan la participación ilegítimas.

230 En la doctrina alemana previa a la influencia de WELZEL se encontraba bastante extendida esta idea (cfr. la bibliografía recogida por WEHRLE, Regressverbot, p. 10, nota 6 , en una relación en la que se encuentra, entre otros, autores de la talla de FEUERBACH, GOLTDAMMER, HÄLSCHNER, v. BAR, KÖHLER, v. HIPPEL, ENGISCH o BELING).

231 En contra en la doctrina alemana, vid. por todos, HERZBERG, Täterschaft, p. 100; ROXIN, Tröndle-FS, p. 178; el mismo, PG, 24/27; SCHMIDHÄUSER, PG, 14/9; el mismo, Studienbuch, 10/41.

Es preciso señalar que no todos los autores recogidos en el texto defienden la « teoría tradicional de la

ya he mostrado mi disconformidad con esta posición. No encuentro ninguna razón de *lege lata* en los arts. 27 ss. C. P. para declarar impunes formas de participación que son punibles en su modalidad dolosa. Ello no obsta a que de *lege ferenda* sea una posición que hay que tener en cuenta. La posición de DIAZ y LUZON tiene serios problemas cuando existe una coautoría entre un autor doloso y un autor imprudente. No se puede afirmar la coautoría por no poder acudir a las reglas generales del art. 28 C P., que es donde se contempla la realización conjunta de un hecho. Y en estos casos puede ser complicado constatar una autoría por separado.

La « teoría de la prohibición de regreso », al igual que todas las teorías que parten de una visión causal del tipo objetivo, intenta solucionar problemas de imputación que no se pueden resolver con meras consideraciones causales (« interrupción del nexo de causalidad »). E intenta resolverlas mediante criterios subjetivos. Pero si se parte de un tipo objetivo más rico que la pura causalidad, los problemas se pueden solucionar sin tener que hacer referencia al carácter doloso o imprudente de un hecho.

5. Posteriormente, la « teoría tradicional de la imputación objetiva » lo trató como un problema de imputación del resultado²³² dentro del *topos* del ámbito de protección de la norma, pero sin otorgarle ningún contenido material²³³. Este *topos* sólo se basa en la idea genérica de que es deseable en ciertos supuestos limitar la responsabilidad. La única afirmación en común de estos autores es que la vieja « teoría de la prohibición de regreso » tal y como la formuló FRANK no puede ser admitida como fórmula general, aunque en casos particulares conduzca a una solución correcta. Es preciso diferenciar unos casos de otros²³⁴. La « teoría de la causación adecuada » ya había señalado antes del desarrollo de

prohibición de regreso » sino que simplemente llegan a las mismas conclusiones. Así, no se pueden considerar defensores de esta teoría como una teoría en la que se condensan principios básicos de toda imputación, DIAZ, LUZON, SPENDEL o STRATENWERTH.

²³² BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 106, 117 s., con nota 111, 121, utilizando la expresión « relación de riesgo »; el mismo, *Jescheck-FS*, pp. 363 s., en el mismo sentido; CORCOY, *El delito imprudente*, p. 530; MAIWALD, *JuS* 84, pp. 440, 442; MTNEZ. ESCAMILLA, *Imputación*, p. 350; ROXIN, *Honig-FS*, p. 144, nota 28; el mismo, *Tröndle-FS*, pp. 185 ss.; el mismo, *Täterschaft*, p. 653; RUDOLPHI, *SK*, antes de 1/71 s.; SCHÜNEMANN, *JA* 75, p. 718. Cfr. PUPPE, *NK*, antes de 13/225 ss.

En contra, FRISCH, *Verhalten*, pp. 352, 376; WEHRLE, *Regressverbot*, p. 51, nota 38, señala como en muchos casos no se trata de imputar el resultado a una conducta antijurídica, sino que ya falta la antijuridicidad de la conducta.

²³³ JAKOBS, *ZStW* 89, p. 15, considera que la « teoría de la prohibición de regreso » aparece encubierta bajo la « teoría del fin de protección de la norma ». FRISCH, *Verhalten*, pp. 236 ss., con más referencias, critica esta posición en una línea muy similar a su crítica general al criterio del « fin de protección de la norma ».

²³⁴ KAMPS, *Arbeitsteilung*, pp. 138 ss., que habla de una « prohibición de regreso relativa »; MTNEZ. ESCAMILLA, *Imputación*, pp. 347 ss., dirige a lo que denomina « soluciones extremas » (« interrupción del nexo causal », « teoría de la prohibición de regreso » formulada por FRANK, LUZON

la « teoría tradicional de la imputación objetiva » que no siempre que después de una acción interviene un tercero esa acción se convierte en inadecuada para producir un resultado. En muchos supuestos puede ser así, pero no siempre²³⁵. Por ello la cuestión de la « prohibición de regreso » no se entiende como un caso especial o como una excepción al principio general²³⁶. Los partidarios de la « teoría tradicional de la imputación objetiva » han sido incapaces de avanzar en esta idea y determinar en qué supuestos se imputa el riesgo y en qué supuestos no. En realidad, no han hecho más que adoptar la vieja idea desarrollada por la « teoría de la adecuación » de hacer depender la imputación de que la conducta delictiva del tercero fuera o no objetivamente previsible²³⁷. Una vez más se

PEÑA, OTTO, WELP) la siguiente crítica « político criminal »: « la justicia de negar la responsabilidad del que contribuye imprudentemente a que otro ponga en peligro o lesione bienes jurídicos de otra persona no se ve por parte alguna », adheriéndose a lo que denomina « soluciones intermedias » con la siguiente argumentación (p. 350): « actualmente, por tanto, se entiende mayoritariamente inaceptable una « prohibición genérica de regreso » [...], haciéndose necesario un tratamiento diferenciado de los mismos y buscándose de nuevo la clave de la solución en la teoría de la imputación objetiva »; ROXIN, Honig-FS, p. 144, nota 28; el mismo, Tröndle-FS, pp. 185 ss.; el mismo, PG, 11/97, 24/27; RUDOLPHI, SK, antes de 1/72; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, pp. 210 ss., en contra de WELP, considerando sobre todo que la « prohibición de regreso » renuncia en exceso a la función de protección que tiene el Derecho penal; el mismo, JA 75, p. 718; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 70 ss., 88; WEHRLE, Regressverbot, p. 50.

Desde otro punto de vista, mantiene también esta idea SCHAFFSTEIN, Lackner-FS, p. 799.

²³⁵ Cfr. WEHRLE, Regressverbot, pp. 36 s.

²³⁶ Cfr. WEHRLE, Regressverbot, p. 38.

²³⁷ BOCKELMANN/VOLK, PG, 26 II; EXNER, Frank-FG, pp. 575 ss. En el marco de la « teoría tradicional de la imputación objetiva »: BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 117, 121 s.; el mismo, Jescheck-FS, p. 364; CORCOY, El delito imprudente, afirma en la p. 532 que se ha de imputar el riesgo cuando « es posible conocer « ex ante » la intervención de terceros » y en la p. 537 que « en el caso de que el riesgo inherente a la conducta posterior sea previsible « ex ante », este riesgo quedará comprendido dentro del riesgo propio del autor »; HERZBERG, Unterlassung, p. 307; JESCHECK, PG, 54 IV 2, afirma la responsabilidad por imprudencia « cuando el hombre de atrás, con base en sus conocimientos especiales puede prever el hecho doloso »; MAIWALD, JuS 84, p. 440; MTNEZ ESCAMILLA, Imputación, pp. 350 s.; ROXIN, Tröndle-FS, p. 197, con una posición idéntica a la de JESCHECK; RUDOLPHI, SK, antes de 1/72 Cfr. FRISCH, Verhalten, pp. 231 s., con más referencias; WEHRLE, Regressverbot, p. 37.

En sentido crítico con respecto a esta posición, BLOY, Beteiligungsform, pp. 138 ss.; STRATENWERTH, PG, nº marg. 1162, aduciendo que se olvida de la delimitación de ámbitos de organización (idea que desarrolla en num. margs. 1163 ss.).

El criterio de la excepción a la interrupción de la imputación cuando existe « una inclinación al hecho de un autor doloso potencial que es cognoscible para el autor » utilizado por ROXIN, PG, 24/28, Tröndle-FS, pp. 190 ss., LK 27/21 y Chengchi Law Review, p. 223 (modificado posteriormente en Stree/Wessels-FS, pp. 378 ss.) y SCHROEDER, LK, 16/184 es absolutamente abierto y no añade nada al tradicional criterio de la « previsibilidad objetiva » o a las tradicionales excepciones del principio de confianza. Los intentos de ROXIN, Tröndle-FS, pp. 187 ss. y PG, 24/29, para defender su criterio como más preciso frente a los de otros autores que buscan excepciones como él a un « principio general de confianza » son infructuosos: expresiones como que existe una conducta penalmente relevante cuando se da « el favorecimiento de alguien resuelto a realizar el hecho cognoscible para el autor » (STRATENWERTH, PG 2ª ed., num. margs. 1162, 1164 y WOLTER, Zurechnung, pp. 348 s.) o existen datos concretos sobre la realización de un hecho doloso (RUDOLPHI, SK, antes de 1/72) o cuando « la contribución al delito aparece no sólo como fin posible sino como único fin imaginable » (STRATENWERTH, PG, nº marg. 1164) o « la conducta delictiva del otro es tan evidente que sería irracional no contar con ella » (STRATENWERTH, Schw. Str., 16/57) se basan en la misma idea. El criterio de ROXIN lleva incluso a una responsabilidad mucho mayor que la de estos último criterios de STRATENWERTH, que incide más

entremezclan datos objetivos y subjetivos para solucionar el problema de la imputación de un resultado a una persona, que es lo que le interesa primordialmente a la « teoría de la adecuación » y a la « teoría tradicional de la imputación objetiva ». La « teoría de la prohibición de regreso » ha sido sustituida por parte de la doctrina mayoritaria por una teoría de la « previsibilidad objetiva » y de la confianza frente a conductas delictivas de terceros²³⁸. Pero ello conlleva los tradicionales problemas que han acompañado a la teoría de la « previsibilidad objetiva »²³⁹: por un lado, absolutamente todo puede ser previsible, incluso las conductas delictivas de otros y, por otro lado, no se tienen en cuenta consideraciones o criterios normativos que pueden limitar la responsabilidad más allá de lo objetivamente previsible. Además, este recurso a la previsibilidad nos indica otra cosa: el « fin de protección de la norma » no se refiere en este caso al alcance del tipo objetivo, sino al fin de protección del deber de cuidado (« previsibilidad objetiva »). Por tanto, estos autores no radican la solución de la cuestión en el tipo objetivo, sino en aspectos subjetivos. En el delito doloso no existirían límites objetivos para la imputación a título de

en los límites objetivos de la responsabilidad (acciones que en el caso concreto no pueden tener otro sentido que servir a la comisión de un delito). Cuando ROXIN, Tröndle-FS, pp. 192 ss., ejemplifica su teoría, demuestra que la « inclinación al hecho » debe tenerse en cuenta incluso antes de que el autor principal haya resuelto realizar el delito. Así, por ejemplo, dar a luz un hijo en un barrio con un alto índice de delincuencia podrían entenderse como el conocimiento a la « inclinación al hecho de un autor doloso potencial ». Además, la mera posibilidad de conocer no puede convertir una conducta en típica. No se puede asumir una « presunción de regreso » basada en la mera posibilidad de conocer las inclinaciones del potencial autor doloso. En el mismo sentido, y en defensa de STRATENWERTH, critica el criterio de la « inclinación al hecho » WEHRLE, Regressverbot, p. 66. En contra de la posición de STRATENWERTH, CEREZO, PG, p. 426, nota 120, por parecerle su posición demasiado restrictiva; JESCHECK, PG, 54 IV 2, considera también que el autor sufizo restringe demasiado el deber de cuidado en relación a comportamientos ajenos. A su vez, en contra de la posición de JESCHECK, 54 IV 1, que considera que no existe « prohibición de regreso » cuando « la infracción del deber de cuidado entraña ya el peligro de la producción del resultado típico » ROXIN, Tröndle-FS, p. 188, por conllevar una excesiva responsabilidad penal.

Además, ROXIN utiliza esos mismos criterios de otros autores que él mismo critica. Por ejemplo, en Tröndle-FS, p. 197 o PG, 24/31 considera que no existe una conducta imprudente porque no existe ningún motivo objetivo concreto para tener que contar con una conducta dolosa. Y en Tröndle-FS, p. 195, considera que, en definitiva, STRATENWERTH llega a las mismas conclusiones que él, aunque, como ya he señalado, ello no sea cierto.

Por ello en tiempos recientes ROXIN, Stree/Wessels-FS, pp. 378 ss. y Miyazawa-FS, pp. 512 ss., ha modificado su posición y defiende una posición más restrictiva, tal y como desarrollo infra nota 270.

²³⁸ Evidente en los siguientes autores: CEREZO, PG, p. 426, que considera que « el principio de confianza ampara también aquellas conductas que favorezcan la comisión de un delito doloso, mientras el sujeto no conociera o pudiera conocer la inclinación del autor a la comisión del delito » y que « si el sujeto no previó ni podía prever que el comprador iba a cometer un delito doloso quedaría, excluida, sin embargo, la culpabilidad »; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 350: « el límite a la prohibición de regreso suele situarse en el límite del principio de confianza: es lícito confiar en el comportamiento correcto de los demás hasta que no concurren datos, indicios concretos que hagan prever lo contrario »; ROXIN, Tröndle-FS, pp. 186 s.; el mismo, LK, 27/21.

En contra del recurso al principio de confianza, FRISCH, Verhalten, pp. 237, 298, nota 233, 351; JAKOBS, ZStW 89, pp. 14 s., 29 ss.: « La confianza es una metáfora para la delimitación de ámbitos de responsabilidad ».

²³⁹ FRISCH, Verhalten, pp. 231, 265, nota 120, insistiendo en que la indeterminación y vaguedad del concepto dificulta determinar el alcance de lo punible.

participación, dando lugar a un regreso infinito de responsabilidad, siempre que concurre dolo y causalidad.

6. WEHRLE²⁴⁰ ha retomado recientemente los planteamientos de la teoría tradicional de la « prohibición de regreso ». Este autor considera que en estos supuestos hay que hablar de « deberes secundarios de cuidado » en supuestos de lesiones indirectas mediatizadas por terceros frente a los « deberes primarios de cuidado » que son supuestos de lesiones directas y no mediatizadas por un tercero²⁴¹. Sin embargo, WEHRLE considera que la posibilidad de conocer la conducta delictiva de un tercero o lo que denomina « solución de la evidencia del hecho doloso » no es suficiente, y que hay que tener mucha cautela a la hora de justificar mayores exigencias de cuidado con respecto a conductas ajenas. Las diferencias entre WEHRLE y la « teoría tradicional de la imputación objetiva » se pueden resumir en los siguientes puntos:

a) El problema de la « prohibición de regreso » *strictu sensu* es una cuestión previa a la imputación del resultado²⁴².

b) Los requisitos para fundamentar la responsabilidad frente a hechos delictivos de terceros deben ser mucho más estrictos que la mera previsibilidad o conocer o poder conocer una inclinación a realizar el hecho.

c) Cuando se participa imprudentemente en un delito doloso y culpable la conducta imprudente no es punible²⁴³. Para este autor en estos casos existe una prohibición general de regreso en virtud del principio de autorresponsabilidad que conlleva la delimitación de ámbitos de responsabilidad. No existen « deberes secundarios de cuidado » frente a autores plenamente responsables. Sólo existe una responsabilidad mediata a través de hechos de terceros dolosos y culpables en los supuestos de participación dolosa. En los

240 -----
Regressverbot, pp. 63 ss.

241 El fundamento de estos « deberes secundarios de cuidado » se encuentra en STRATENWERTH, Eb. Schmidt-FS, pp. 392 s. El « dominio del hecho » por parte de un tercero excluye una responsabilidad primaria (como autor). En los supuestos de dolo la responsabilidad secundaria (como partícipe) tiene su fundamento en las reglas de participación. En los supuestos no dolosos es preciso fundamentar « deberes secundarios de cuidado », que consisten en deberes de cuidado con los comportamientos de terceros. Sobre esta cuestión, WEHRLE, Regressverbot, pp. 59 s.; WILHELM, Arbeitsteilung, pp. 35 ss. En contra de esos « deberes secundarios de cuidado » con respecto al delito doloso, WEHRLE, Regressverbot, pp. 73 ss.; WELP, Vorangegangenes Tun, pp. 285 s., con argumentos ya recogidos supra nota 229.

242 En un sentido similar, MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 351, pero sin extraer consecuencias.

243 Regressverbot, pp. 83 ss. En contra, MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 348; ROXIN, Tröndle-FS, pp. 183 s.; RUDOLPHI, SK, antes de 1/72.

supuestos de evidencia del hecho doloso del tercero en los cuales los autores del párrafo anterior consideran que se ha de imputar el riesgo y el resultado (hay « previsibilidad objetiva »), WEHRLE opina que sólo cabe reconducir la responsabilidad penal a los deberes genéricos de solidaridad contemplados en tipos de omisión simple. Las excepciones serían las siguientes: supuestos en los que imprudentemente se crea una situación justificante para un tercero que, por tanto, no actúa antijurídicamente²⁴⁴ y favorecimiento de delitos por parte de personas no culpables²⁴⁵. Es decir, supuestos que, según WEHRLE, serían tratados como supuestos de autoría mediata en el ámbito del delito doloso. Como resultado de su investigación, este autor llega a la siguiente conclusión²⁴⁶: « La cooperación no dolosa en un delito doloso es impune (siempre que falte la lesión de un específico deber de cuidado). De acuerdo con el principio de autorresponsabilidad se puede confiar (como principio) en que una persona autorresponsable se va a comportar de forma cuidadosa » por lo que en supuestos de favorecimiento no doloso de delitos dolosos responden exclusivamente los garantes de protección de bienes jurídicos o de control de fuentes de peligro con especiales deberes frente a la conducta de terceros²⁴⁷.

7. A la misma conclusión llega FRISCH²⁴⁸ en estos supuestos de favorecimientos imprudentes de delitos dolosos, aunque sea por otras razones que las ofrecidas por la teoría tradicional²⁴⁹ y aunque no tiene conocimiento de la obra de WEHRLE. FRISCH señala, además, como la práctica en Alemania le ha acabado dando la razón a la « teoría de la prohibición de regreso », con excepción de los supuestos en los que se tiene un deber de garante, que supondrían la excepción a la « teoría tradicional de la prohibición de regreso »²⁵⁰. Pasemos a ver con detalle la argumentación de este autor que trata en profundidad el tema de « las modalidades de conducta que posibilitan, favorecen o motivan conductas de terceros que lesionan bienes jurídicos, y, en especial, la realización de hechos delictivos »²⁵¹: en primer lugar critica las construcciones más recientes que

244 Regressverbot, p. 86.

245 Regressverbot, pp. 86 s.

246 Regressverbot, p. 116.

247 A la misma conclusión llega FRISCH, Verhalten, pp. 305, 327, 347, 351, en este caso concreto de favorecimiento imprudente de delitos dolosos, aunque sea por otras razones que las ofrecidas por la teoría tradicional (p. 347, nota 414). FRISCH señala, además, como la práctica en Alemania le ha acabado dando la razón a la « teoría de la prohibición de regreso », con excepción de los supuestos en los que se tiene un deber de garante, que supondrían la excepción a la « teoría tradicional de la prohibición de regreso » (pp. 352 ss.).

248 Verhalten, pp. 305, 327, 347, 351.

249 Verhalten, p. 347, nota 414.

250 Verhalten, pp. 352 ss.

251 Verhalten, pp. 230 ss. Apartado D del segundo capítulo de esta monografía.

conllevan una excesiva responsabilidad penal y tienen una visión muy limitada de los límites objetivos en estos supuestos. Sobre todo critica el recurso a la previsibilidad como criterio²⁵², ya que el hecho de que una persona ya hubiera realizado un hecho penal similar o que la realización de un hecho delictivo estuviera « más cercana » o sea algo más que una mera posibilidad teórica en virtud de determinadas circunstancias específicas que concurren en el caso concreto no es razón suficiente para desvalorar una conducta. Para FRISCH la discusión debe comenzar, al menos, en el punto de delimitación marcado por ROXIN, RUDOLPHI, SCHROEDER, WOLTHER y, sobre todo, STRATENWERTH. Sin embargo, considera que estas limitaciones son demasiado estrechas²⁵³ y que se deben ampliar, sobre todo en los ámbitos en las que no existe ninguna posición de garantía. Tiene razón al señalar²⁵⁴ que las propuestas de estos autores terminan en fórmulas generales y que brillan por su ausencia posteriores concreciones que ayuden a configurar estos criterios de imputación. ¿Qué circunstancias son suficientes o necesarias ? FRISCH señala en contra de los intentos de la doctrina mayoritaria que no hay medidas previas²⁵⁵. Sobre todo si se tiene presente que hay que tener siempre en cuenta a terceros como individuos autorresponsables y racionales con una motivación fiel al Derecho²⁵⁶ y que, por ello, no vivimos en una sociedad de la desconfianza²⁵⁷. Por ello considera insatisfactorias las posiciones de los autores anteriormente mencionados, valorando especialmente el interés de STRATENWERTH por limitar cada vez más la responsabilidad penal en este ámbito.

FRISCH, al igual que WEHRLE, considera que la problemática de la « prohibición de regreso » es previa a la imputación del resultado, y se debe tratar en el nivel de la conducta típica²⁵⁸.

Después de esta primera frase crítica y de ubicar correctamente el problema como un problema del tipo previo a la imputación del resultado, FRISCH desarrolla en profundidad los argumentos que le hacen llegar a la conclusión de que la « teoría de la prohibición de regreso » es correcta en líneas generales salvo excepciones como los

En contra de la posición de FRISCH, en profundidad, NIEDERMAIR, ZStW 107, pp. 515 ss.

²⁵² FRISCH, Verhalten, pp. 265 s., con nota 120. FRISCH coincide con ROXIN en que la posición de JESCHECK (recogida más arriba) resulta absolutamente rechazable.

²⁵³ Verhalten, pp. 267 ss., 297 s., 352.

²⁵⁴ Verhalten, p. 267, nota 129.

²⁵⁵ Verhalten, p. 268.

²⁵⁶ Verhalten, p. 268, nota 130. En el mismo sentido, su discípulo FREUND, Erfolgsdelikt, p. 228.

²⁵⁷ Verhalten, pp. 268 ss., con más referencias, 350 s., con respecto a la inducción. En un sentido similar, como el propio FRISCH indica, BLOY, Beteiligungsform, pp. 139 s. Sigue en esta línea argumental a su maestro, FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 228, con las mismas referencias, 253.

²⁵⁸ Verhalten, pp. 234, 265, notas 120 y 121, 347 y passim, criticando en este sentido a la « teoría tradicional de la imputación objetiva ».

supuestos en los que existe una posición de garante²⁵⁹. Sin embargo, como ya he señalado, sus argumentos no tienen nada que ver ni con los ofrecidos por WEHRLE ni con los ofrecidos por la teoría tradicional²⁶⁰. El autor alemán considera que la limitación de la libertad de actuación con respecto a posibles conductas delictivas de terceros sólo se puede legitimar de modo excepcional, incluso aunque exista la posibilidad de conocer esa actuación de terceros²⁶¹. FRISCH va más allá que WEHRLE y construye una teoría de los límites objetivos de la participación criminal válida para todos los tipos, no sólo los puros de resultado y que es también igual de válida para supuestos dolosos e imprudentes. En esta ampliación de la problemática de la « prohibición de regreso » se basa sobre todo en los trabajos anteriores de JAKOBS. A continuación me ocuparé de la posición de este autor, señalando en la exposición de su « teoría de la prohibición de regreso » los puntos de acuerdo y desacuerdo entre las contribuciones de FRISCH y JAKOBS que se han preocupado de una « teoría moderna de la prohibición de regreso » que se extiende más allá de sus límites tradicionales, pero que también restringe los « beneficios » que ofrecía la teoría tradicional, en especial cuando el que favorece, facilita o motiva la actividad delictiva de un tercero tiene una posición de garante y ya no puede recurrir a la « prohibición de regreso ».

8. JAKOBS ha reformulado la « prohibición de regreso » desde el punto de vista de la falta de responsabilidad por los hechos de terceros y la exclusiva responsabilidad sobre hechos propios. El manifiesto de su posición es el artículo titulado PROHIBICION DE REGRESO EN EL DELITO DE RESULTADO²⁶² que ha tenido un posterior desarrollo en su manual y, recientemente, en GA 96²⁶³. JAKOBS considera que no existe participación cuando una conducta pasa a ser lesiva sólo por la transformación que un

259 Verhalten, pp. 352 ss. En los supuestos en los que se favorecen delitos por parte de personas no responsables (supuestos tratados supra como de autoría mediata) tampoco cabe la « prohibición de regreso » (pp. 363 ss.), pero en este aspecto también la « teoría tradicional de la prohibición de regreso » había construido excepciones.

260 Verhalten, p. 347, nota 414. Vid. también FREUND, Erfolgsdelikt, p. 232.

261 Verhalten, pp. 351. En el mismo sentido su discípulo FREUND, Erfolgsdelikt, p. 227.

262 ZStW 89, pp. 1 ss. De todas maneras, hay que señalar que esta primera versión de la « prohibición de regreso » es más subjetiva, más vinculada a los motivos del favorecedor que posteriores versiones de que son recogidas en las notas siguientes (cfr. JAKOBS, GA 96, p. 260, nota 15). En este trabajo me ocupo directamente de la visión acabada de su teoría de la « prohibición de regreso » y no de propuestas intermedias. Esta diferencia entre el artículo en ZStW y el manual no está plasmada en la exposición que realiza WEHRLE, Regressverbot, pp. 70 ss., de la obra de JAKOBS. Lleva a sus últimas consecuencias la segunda versión de JAKOBS (radicalizándola), LESCH, Beihilfe, pp. 162 ss., 278 ss.; el mismo, ZStW 105, pp. 285 s.

En contra de la posición de JAKOBS de forma detallada, NIEDERMAIR, ZStW 107, pp. 508 ss.

263 Pp. 257 ss., en especial 260 ss. También hace mención a esta cuestión en Tun und Unterlassen, pp. 28 s.

tercero hace de sus consecuencias²⁶⁴. Es decir, es preciso diferenciar entre supuestos en los que alguien realiza un tipo de participación y los supuestos en los que se crea una situación en la que otros realizan un delito²⁶⁵. JAKOBS considera que la problemática de la que se ocupa la « prohibición de regreso » tiene plena actualidad: en la vida actual, debido a la estrecha interrelación de la vida en sociedad, cualquiera puede « estirar » o aprovecharse de la conducta correcta de otros para cometer hechos delictivos, dándole un sentido delictivo a esas conductas correctas del que carecían anteriormente²⁶⁶. Ejemplifica su teoría con algunos ejemplos como éstos²⁶⁷: 1) el deudor paga el dinero adeudado. El acreedor que cobra lo utiliza para la preparación o comisión de un delito. 2) A los magistrados de un proceso se les amenaza diciéndoles que una sentencia condenatoria supondrá la muerte de un político. Los magistrados hacen caso omiso de la amenaza y un político es asesinado²⁶⁸. Como método, aunque no como principio, JAKOBS propone el determinar caso por caso cuándo la persona que ha favorecido o facilitado el delito ya no puede distanciarse de la conducta del autor²⁶⁹. Es posible distanciarse, según este autor, cuando la conducta tiene sentido por sí misma, sin depender de que el autor realice la ejecución típica. En palabras de JAKOBS, cabe la « prohibición de regreso » cuando la conducta del autor « es susceptible de interpretación sin necesidad de recurrir a un plan delictivo propio o ajeno, siendo los otros los que desarrollan los resultados del comportamiento en una dirección delictiva »²⁷⁰. Es decir, el criterio esencial de

²⁶⁴ PG, 7/59; GA 96, p. 260. No se puede identificar, como hacen BAUMANN/WEBER, PG, § 17 II 2 d la « teoría tradicional de la prohibición de regreso » en la formulación de FRANK con la « teoría del ámbito de protección de la norma » de ROXIN o RUDOLPHI o esta nueva reformulación de JAKOBS. Se trata de una simplificación excesiva.

²⁶⁵ ZStW 89, p. 30; PG, 24/13.

²⁶⁶ Vid. también FREUND, Erfolgsdelikt, p. 227; FRISCH, Verhalten, pp. 240 s.; LESCH, Beihilfe, p. 163; ROXIN, Stree/Wessels-FS, p. 380; WELP, Vorangegangenes Tun, p. 285.

²⁶⁷ Se puede consultar la multitud de ejemplos aportados por JAKOBS en: ZStW 89, pp. 3 s., PG, 7/59, 24/13, 24/16 ss., Imputación, p. 156 y GA 96, pp. 260 ss. El ama de llaves de un estafador le lava y plancha sus cuellos blancos; el jefe de un taller de reparaciones devuelve al cliente a petición de éste el automóvil que ya no ofrece una mínima seguridad vial; el empleado de una gasolinera llena el depósito de un vehículo cuyas ruedas están gastadas; el asesino compra un bollo de pan para introducir en él veneno, etc.

²⁶⁸ Un caso análogo en BGHSt 7, pp. 268 ss.

²⁶⁹ ZStW 89, p. 7; PG, 7/59, 24/15. En un sentido similar, LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/ 101 c. En sentido crítico con este método, FRISCH, Verhalten, p. 238.

²⁷⁰ ZStW 89, p. 26. JAKOBS, Imputación, p. 156: « un autor anuda su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otra persona y desvía dicho comportamiento hacia lo delictivo ».

JAKOBS, Imputación, p. 169, MEYER-ARNDT, WISTRA 89, p. 281 y ROXIN, Tröndle-FS, p. 191 y PG, 24/28 afirman que no existe imputación cuando es el autor el que vincula de forma arbitraria su actuación a la de otra persona, pero no aclaran qué significa arbitrariedad. La mejor prueba de ello es la distinta relevancia práctica que los tres autores le conceden al instituto de la « prohibición de regreso » en la variante más moderna tratada en el texto, llegando a conclusiones distintas en cada supuesto (vid. ROXIN, Stree/Wessels-FS, pp. 378 ss., Miyazawa-FS, p. 514 o LK, 27/16 ss.). ROXIN rechaza en general esta reformulación de la « prohibición de regreso » considerando que no es más que un sub supuesto del riesgo permitido y el principio de confianza, posición que también es defendida por

delimitación entre lo penalmente irrelevante y el injusto de participación es determinar si otra explicación de la conducta del favorecedor del delito tiene sentido²⁷¹, sin necesidad de recurrir a la posterior actuación del autor del delito. Y esta regla es igual de válida para supuestos de participación dolosa e imprudente o para supuestos en los que el hecho principal es doloso o imprudente²⁷². Recientemente en un trabajo en castellano en su libro

NIEDERMAIR, ZStW 107, pp. 508 ss.; aunque al interesarse por la problemática en sus contribuciones al Tröndle-FS, al Stree/Wessels-FS y al Miyazawa-FS, al LK y en su manual, ha llegado en algunos ejemplos concretos a soluciones similares a las de JAKOBS y gradualmente se ha ido acercando a su posición. Es decir, asume que hace falta una mayor limitación de la responsabilidad en el ámbito de la participación criminal ya que no todo favorecimiento causal cognoscible de una persona inclinada a realizar un hecho doloso es suficiente para la imputación (Tröndle-FS, p. 191; LK 27/22), pero no acepta un instituto, criterio o principio rector o válido en general. Ello le ha hecho ir modificando su opinión cada vez que se ha ocupado de este tema. En el Tröndle-FS considera que no existe imputación en los supuestos de participación imprudente en aquellos casos en los que de acuerdo con el sentido objetivo no existe un favorecimiento de una inclinación ajena al hecho delictivo. La pregunta es: si hay que tener en cuenta el sentido objetivo, ¿Por qué diferenciar entre favorecimientos doloso e imprudentes y no construir una teoría general del tipo objetivo de la participación criminal? ROXIN demuestra una vez más en el Tröndle-FS que su « teoría de la imputación objetiva » supone una mezcla de criterios objetivos y subjetivos que se utilizan indistintamente sin ningún tipo de orden. Las críticas de ROXIN a la « prohibición de regreso » en sentido moderno han sido respondidas por JAKOBS, PG, 7/nota 91. La discusión entre estos dos autores ha determinado el marco en el que se ha desarrollado la discusión científica. No es cierto, como señaló ROXIN, Tröndle-FS, p. 197, en un principio que la « prohibición de regreso » se ocupe de casos que no se dan en la realidad, como han señalado LESCH, Beihilfe, p. 283, nota 2 y el fiscal MEYER-ARNDT, Wistra 89, passim, en un artículo titulado ¿ Participación mediante acciones neutrales?, en el que hace abundantes referencias a casos reales o cotidianos y que comienza de la siguiente manera su contribución práctica a la « teoría de la prohibición de regreso »: « acciones de favorecimiento mediante acciones neutrales se dan a diario ». Por ello no es que los casos de los que me ocupó en el texto no se den en la realidad, sino que la realidad nos demuestra su irrelevancia penal, aunque se trate de un reconocimiento inconsciente de atipicidad.

Posteriormente, ROXIN, Stree/Wessels-FS, pp. 378 ss. y Miyazawa-FS, pp. 512 ss. se ha dado cuenta de la relevancia práctica y teórica de una limitación objetiva de la participación criminal y, en tiempos recientes, se ha acercado más a la posición de JAKOBS (p. 379): « La concepción de JAKOBS y SCHUMANN que ha sido desarrollada a partir de principios distintos contiene la idea fundamental correcta (y sólo es demasiado extensa en su ámbito de utilización): para la cooperación no es suficiente un favorecimiento causal, sino que tiene que añadirse una « relación delictiva de sentido » que convierta una conducta neutral en un ataque al bien jurídico ». La misma idea protagoniza la contribución en Miyazawa-FS (pp. 513 ss.). Y ROXIN asume como correctos los ejemplos aportados por MEYER-ARNDT. Por ejemplo, el trabajador que trabaja en una empresa que defrauda al Erario público de una forma penalmente relevante, no puede ser considerado partícipe de un delito fiscal. Lo que sucede es que ROXIN sigue haciendo depender la « relación delictiva de sentido » del conocimiento que tenga el partícipe de los fines del autor y de su intención interna. Y llega a una extraña conclusión: la « prohibición de regreso » es válida cuando concurre dolo eventual en el partícipe, pero no dolo directo (conocimiento seguro). Curiosamente, ROXIN considera que en ámbitos no reglados como el tráfico viario el principio de confianza es válido incluso aunque concorra dolo eventual (p. 380 y pp. 516 s.). El propio ROXIN señala como las tesis de su artículo en Tröndle-FS que iban dirigidas sólo a los supuestos de favorecimientos imprudentes, son igual de válidas para los supuestos de dolo eventual (p. 380, nota 50; LK, 27/21). Aunque sigue utilizando el criterio de « la propensión cognoscible al hecho » que utilizó en un principio en Tröndle-FS y en su manual, la posición de ROXIN ha variado sustancialmente. Ello demuestra que este criterio que propone ROXIN es un criterio formal, perfectamente manipulable y que, por ello, no es válido como criterio rector para ofrecer soluciones en este ámbito.

²⁷¹ LESCH, Beihilfe, p. 282; el mismo, ZStW 105, pp. 285 s.

²⁷² ZStW 89, pp. 7, 26 s.; PG, 24/21, 21/114, con más referencias; Imputación, pp. 161 s., 169.

Esta « ampliación » de la problemática de la « prohibición de regreso » ha tenido posteriormente aceptación en la doctrina alemana: FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 226 s.; FRISCH, Verhalten, pp. 283 ss., 289, nota 200, 298 ss. con respecto a la cooperación, 343 ss. con respecto a la inducción; LESCH,

LA IMPUTACION OBJETIVA EN DERECHO PENAL, JAKOBS ha aportado una serie de ideas nuevas al papel de su idea de « la prohibición de regreso » dentro de la teoría jurídica del delito:

a) La « prohibición de regreso » es para JAKOBS parte de la « imputación objetiva »²⁷³, por tanto un problema del tipo objetivo²⁷⁴.

b) Lo contrario de la imputación por accesoriedad es la « prohibición de regreso »²⁷⁵.

9. Esta idea genérica de JAKOBS me parece correcta como idea general, aunque precisa limitaciones²⁷⁶. Además, como veremos, se puede reconducir a criterios tradicionales de limitación objetiva de la imputación jurídico-penal. Formalmente tiene razón en el siguiente aspecto: si alguien no es autor (no realiza el tipo) y se puede distanciar como sea de la conducta ejecutora, no es posible fundamentar una responsabilidad penal debido al efecto impositivo del principio de accesoriedad. Por el contrario, si no se puede distanciar existirá una responsabilidad accesoria. Pero como ha señalado FRISCH²⁷⁷, esto es un « fenómeno secundario » que no es más que una consecuencia de criterios materiales que son los decisivos para ese distanciamiento. Desde un punto de vista material, la cuestión a tratar es si alguien que realiza una

Beihilfe, p. 165, nota 3, con más referencias; MEYER-ARNDT, WISTRA 89, p. 287 y passim; PUPPE, NK, antes de 13/156; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 59 s., 68 s., 108 ss.

Como he señalado, ROXIN, Stree/Wessels-FS, pp. 378 ss., 381, Miyazawa-FS, p. 516 y LK, 27/21, incluso ha defendido en tiempos recientes una extensión de la limitación de la responsabilidad por participación cuando el partícipe actúa con dolo eventual. ROXIN también ha comprendido que la « teoría de la imputación objetiva » (o, al menos, su espíritu) debe ser extendida hasta el ámbito de la participación criminal (pp. 381 s. y 27/22). Con este visión de la cuestión, se abre toda una nueva perspectiva para la teoría de la participación criminal.

En contra de estos autores, NIEDERMAIR, ZStW 107, pp. 537 ss.

²⁷³ JAKOBS, Imputación, pp. 166 s.; el mismo, GA 96, p. 265 ss.

²⁷⁴ Posteriormente, FREUND, Erfolgsdelikt, p. 238; FRISCH, Verhalten, p. 288 con respecto a la cooperación y p. 341 con respecto a la inducción.

En contra, NIEDERMAIR, ZStW 107, pp. 537 ss.

²⁷⁵ JAKOBS, Imputación, p. 165; el mismo, GA 96, p. 265. JAKOBS, Imputación, p. 170, considera que « un comportamiento es accesorio cuando constituye una razón para imputar la ejecución realizada por el autor ».

²⁷⁶ No estoy de acuerdo con la fundamentación última que JAKOBS, Imputación, pp. 145 ss., 169, hace de la « prohibición de regreso » afirmando que en los supuestos de codelinencia sólo « responden aquellos sujetos cuyo comportamiento tenga el sentido de abandonar el rol del ciudadano que respeta a los demás ». El rol general de ciudadano o de persona en el Derecho es un problema de culpabilidad. Aquí nos ocupamos de un problema previo que presupone todo juicio de culpabilidad: ¿ Hasta dónde se extiende el ámbito de protección de la cooperación, la complicidad o la inducción ? Es decir, no es un problema de fidelidad o respeto a la normas, y no nos ocupamos de que el sujeto haya sido más o menos racional en sus planteamientos.

²⁷⁷ Verhalten, p. 238.

actividad que no tiene un sentido delictivo unívoco o que siendo habitual o inofensiva es aprovechada por un tercero para realizar sus planes de lesionar bienes jurídicos ajenos reúne los requisitos objetivos de los tipos de participación²⁷⁸. En definitiva, lo que han intentado los autores que se han ocupado de este campo problemático (WEHRLE, FRISCH, FREUND, JAKOBS) es establecer límites objetivos a las diversas formas de codelincuencia. Es decir, límites relacionados con el tipo objetivo, y, por tanto, límites que tienen efectos comunes en el delito doloso y en el delito imprudente²⁷⁹. En mi opinión, las reglas de la participación tal y como están formuladas en nuestro C. P. (« cooperar a », lo que implica un determinado desvalor de la acción) y el principio de responsabilidad sólo por las propias conductas exigen que la conducta del partícipe adquiera desde el principio el significado objetivo de cooperación a la ejecución típica, sin necesidad de tener que acudir a la conducta del autor para fundamentar el desvalor de la conducta del partícipe. Es preciso que el partícipe configure el mundo ya de una forma delictiva que agote su sentido objetivo en favorecer un delito²⁸⁰. Por ello, si la conducta tiene un sentido externo distinto que el de favorecer un delito, un sentido social propio, no estaremos ante una conducta desvalorada por el Derecho penal²⁸¹. La conducta del partícipe no debe tener nunca otro sentido objetivo que cooperar con un delito, con independencia de su intención, dolo o falta de cuidado -aspecto subjetivo del tipo de participación-. El Derecho penal, obsesionado por la protección de bienes jurídicos, no puede definir al mismo tiempo una conducta por un lado como correcta u obligada y, por otro, como insoportable para la vida en sociedad. Por ejemplo, el que en medio de una

²⁷⁸ FRISCH, Verhalten, pp. 280 s.; JAKOBS, PG, 24/13 ss.

La oposición de ROXIN a estos autores demuestra no sólo que la « teoría tradicional de la imputación objetiva » no es tan « objetiva » como parece, sobre todo cuando se trata del primer momento de imputación de los tipos de resultado (imputación del riesgo) sino también que, por defender una política criminal de defensa a ultranza de bienes jurídicos, puede recaer, como ya vimos al tratar la « teoría del incremento del riesgo », en una utilización del Derecho material para superar problemas procesales y no tener que respetar el principio *in dubio pro reo*. ROXIN no explica por qué los supuestos en los que no se puede apreciar un sentido delictivo unívoco se deben interpretar siempre en contra del reo en caso de que no esté claro lo contrario. En realidad, hace que el procesado cargue con la necesidad de probar que no ha infringido la norma de conducta.

²⁷⁹ Hasta hoy en día ha tenido un escaso desarrollo la cuestión del límite mínimo de las formas de participación (cfr. DEL ROSAL, Inducción, pp. 224 s.).

²⁸⁰ Ello no significa que desde el punto de vista del Derecho positivo nos encontremos ya ante un « ejemplo isoportable » como afirma SCHUMANN.

²⁸¹ En un sentido similar, FREUND, Erfolgsdelikt, p. 238; FRISCH, Verhalten, pp. 270 ss., que considera que no se puede desaprobar una conducta que favorece un delito sólo porque sea posible en el caso concreto que el tercero haya resuelto realizarlo y se conozcan datos concretos que así lo indican, sino que es preciso llevar a cabo criterios de solución diferenciados, pp. 280 ss.; MEYER-ARNDT, WISTRA 89, p. 287 y passim; STRATENWERTH, PG, nums. margs. 1163 s., que ha ido evolucionando hacia una mayor restricción de la imputación, habiendo llegado su discípulo WEHRLE incluso más lejos que él mismo, aunque siguiendo sus pasos; el mismo, Schw. Str., 16/56, aunque sólo para el ámbito del favorecimiento imprudente; WELP, Vorangegangenes Tun, p. 285, considera que estos hechos no son injusto sino simple casualidad.

En contra, NIEDERMAIR, ZStW 107, pp. 536 ss.; ROXIN, PG, 24/29.

pelea se dedica a repartir bates de beisbol está realizando una conducta que sólo se puede entender como participación en unas lesiones. Sin embargo, el que le alcanza en una situación normal un bate a su compañero del equipo de beisbol no participa en unas lesiones aunque posteriormente éste golpee a un contrario con el mismo. Estas « soluciones intuitivas » a estos ejemplos precisan de mayores concreciones que permitan llegar a « soluciones racionales » con visos de generalidad.

10. Creo que no es dudoso que quepa la « prohibición de regreso » de la responsabilidad jurídico-penal *ad infinitum* cuando se favorece el delito antes de que el autor tenga un plan delictivo o se favorece el delito sin que existan datos objetivos en la situación concreta para dudar de que un tercero ha decidido ejecutar un hecho delictivo aprovechándose de tal actuación²⁸². De esta manera, en general (sin existir motivos objetivos concretos para el partícipe), la venta, transmisión, enajenación de objetos o materiales de uso cotidiano o doméstico no es relevante para el Derecho penal, aunque sean objetos o materiales aptos para matar, lesionar o dañar: cuchillos, tijeras, punzones, piedras, bastones, ladrillos, herramientas, materias primas para la fabricación de artículos de limpieza, etc²⁸³.

Pero ello no tiene nada que ver con que la venta o entrega de ciertos objetos sea « socialmente adecuado » o que ciertas conductas sean más o menos habituales²⁸⁴. En

²⁸² RUDOLPHI, SK, antes de 1/72; STRATENWERTH, PG, num. margs. 1162 ss.; WOLTER, Zurechnung, pp. 348 s.

²⁸³ FREUND, Erfolgsdelikt, p. 237; FRISCH, Verhalten, pp. 246 s., 251 ss., 265, 362, señalando que la desaprobación de « la posibilidad teórica no excluida de una utilización delictiva de la propia conducta », sólo es propia de una sociedad de la desconfianza; HERZBERG, Unterlassung, pp. 301, 308; JAKOBS, PG, 29/37; PUPPE, NK, antes de 13/159; ROXIN, Tröndle-FS, p. 187; el mismo, PG, 24/26; el mismo, LK, 27/21, lo define como un caso de riesgo permitido; RUDOLPHI, Gleichstellungsproblematik, pp. 171 s.; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 54 ss., utilizándolo como medio de crítica a la « teoría del incremento del riesgo », ya que su traspaso al ámbito de la participación también conduce a una punición exagerada.

Si la entrega no es imputable al que favorece el delito como algo desaprobado, tampoco cabe, evidentemente, la responsabilidad por injerencia. La sentencia del T. S. alemán del « caso del cuchillo » (BGHSt 11, pp. 355 ss.), ha sido muy criticada por la doctrina alemana, con poderosas razones (cfr. FREUND, Erfolgsdelikt, p. 226, con amplias referencias). En esta sentencia se afirma que el mero dejar una navaja poco antes de la comisión del delito al autor del mismo fundamenta una posición de garante, aunque su conducta no se pudiera definir como participación. También ha sido criticada la siguiente sentencia: LG Berlín, MDR 65, p. 592.

²⁸⁴ En el mismo sentido, FRISCH, Verhalten, pp. 233, nota 10, 237, 295 ss., 311; JAKOBS, ZStW 89, pp. 4 s.; el mismo, PG, 24/14; HEFENDEHL, Jura 92, p. 377; ROXIN, LK, 27/19; el mismo, Miyazawa-FS, p. 513; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 55 s.; STRATENWERTH, PG, nº marg. 1165.

Es preciso señalar que JAKOBS en sus últimos pronunciamientos sobre el tema no deja este aspecto tan claro como en sus primeras contribuciones (vid., por ejemplo, Imputación, pp. 162 s., 169). Sin embargo, matiza en este último trabajo que en los supuestos de transferencias estereotipadas-socialmente « puede que por otras razones distintas la responsabilidad se fundamente de manera independiente a ese

ciertos casos, entregar una navaja o una piedra tiene un unívoco sentido de cooperación a un delito²⁸⁵. En otros casos, el que la conducta no sea habitual no conlleva sin más la realización de un tipo de participación²⁸⁶. Tampoco tiene que ver con que ciertas profesiones o actividades (roles sociales) fundamenten una infinita o ilimitada « prohibición de regreso » de la responsabilidad penal²⁸⁷. Si una conducta como repartir cuchillos en el marco de una riña tumultuaria supone una cooperación a un delito, da igual que el que lleva a cabo esa venta sea un ferretero que tiene su establecimiento en la calle donde se celebra la riña y que ha sacado su mercancía a la venta o que se trate de un particular.

La regla general de que no existe participación sin una resolución delictiva en el autor o autores sólo tiene una excepción: la inducción. Esta es una razón para que el C. P. individualice la inducción como una forma especial de participación, aún cuando desde el punto de vista de la determinación de la pena considere que el que hace surgir la resolución delictiva en el autor o autores se merece la misma pena que un autor *strictu sensu* ²⁸⁸. La posibilidad de inducir a realizar una conducta imprudente es algo que la realidad nos demuestra²⁸⁹: alguien organiza un sistema de apuestas con respecto a carreras

comportamiento ».

WEHRLE, Regressverbot, p. 70, quiere excluir la imputación al que favorece imprudentemente un delito cuando se trata de una acción habitual. Ello no es admisible como regla general. También muestra su rechazo a la posición de WEHRLE, ROXIN, Tröndle-FS, pp. 196 ss.

²⁸⁵ FRISCH, Verhalten, p. 237; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 55 s.

²⁸⁶ FRISCH, Verhalten, p. 237.

²⁸⁷ Conclusión a la que llega, por ejemplo, LESCH, Beihilfe, p. 283; el mismo, ZStW 105, p. 286. El rol social (vendedor de ciertos productos, taxista, etc.) es un elemento de la realidad que nos puede ayudar a interpretar el sentido objetivo de una conducta, pero en absoluto opera como un filtro objetivo o una causa de justificación. El tipo objetivo no tiene que ver con el quebrantamiento de roles especiales como opina JAKOBS, sino con la adecuación típica de un comportamiento. Aunque no se puede negar que cuanto más estereotipado sea el rol en nuestra sociedad será más sencilla la exclusión de la imputación del riesgo. Pero un dato sociológico como el de rol social no puede condicionar las reglas generales de imputación jurídico-penal, aunque pueda ser un dato de la realidad a tener en cuenta para la valoración jurídico-penal de una conducta.

²⁸⁸ No considero, pues, correcta la tesis de GOMEZ BENITEZ, PG, pp. 118 s., que considera que la igualdad de pena entre autor e inductor contemplada en nuestro C. P. presupone un concepto unitario de autor por parte de éste o, al menos, cobija retazos de tal concepto unitario: « Basta, pues, que se reconozca la imposibilidad de atenuar la pena al inductor para que la esencia del concepto unitario de autor esté parcialmente presente, aunque no se afirme que el inductor sea idéntico al autor desde el punto de vista de la tipicidad ». La cantidad de pena no es más que una mera decisión político criminal sobre la consecuencia jurídica de cada tipo de actuación que se puede discutir, pero que no presupone una determinada concepción de la autoría. Se puede defender una menor pena para la inducción que para la autoría desde una concepción unitaria de la autoría y la misma pena para la inducción que para la autoría aún respetando una concepción restrictiva de la autoría y considerando que la responsabilidad del inductor es siempre accesoria (se desarrolla en el ámbito de los actos preparatorios).

²⁸⁹ FRISCH, Verhalten, pp. 345 ss.; MIR PUIG, PG, p. 435.

GOMEZ, Inducción, pp. 347 ss., 353 s., descarta « la posibilidad de admitir la inducción en los casos en que tanto el inductor como el autor actúan imprudentemente », descartando en pp. 368 ss. la inducción cuando el hecho principal no es doloso. En este último caso considera, en una línea bastante extendida,

por la ciudad y recluta pilotos para llevarlas a cabo o induce a alguien a realizar una actividad peligrosa para terceros sin tener una capacitación suficiente. E, incluso, es posible imaginarse una inducción imprudente aunque se trate de una figura más extraña²⁹⁰: un padre es descuidado con las conductas inductoras de su hijo menor de edad²⁹¹, el inductor induce a la vez dolosamente a ejecutar una parte del hecho típico e imprudentemente a ejecutar otra²⁹² o el inductor cree de forma evitable que ha convencido al autor para que no haga caso a su inducción (desistimiento descuidado de la inducción)²⁹³.

De la redacción del apartado a) del art. 28 se deduce que para que exista una inducción es preciso que una persona haya provocado por medios psíquicos la decisión de realizar el delito en otro (el autor inducido)²⁹⁴. Es preciso, pues, que se dé el tipo objetivo de la inducción²⁹⁵. Por ello, por ejemplo, no cabe la inducción en supuestos en los que el autor ya había decidido realizar la conducta que se ha inducido (*omnimodo*

que « descarta la posibilidad de apreciar la inducción cuando el autor no obra dolosamente, la calificación » del que motiva la realización de un hecho imprudente « sería, bien como autor mediato doloso, de poderse apreciar en su actuación la eventualidad de que el suceso discurriera de acuerdo con los esquemas de esta figura, bien, caso contrario, como provocador a un asesinato en concurso con autoría mediata respecto al homicidio por imprudencia » (p. 375).

²⁹⁰ MIR PUIG, PG, p. 435 y la monografista GOMEZ, Inducción, pp. 352 ss., con más referencias, niegan que quepa una inducción imprudente o por imprudencia. Se trata de una posición bastante extendida en nuestra literatura (cfr. la relación bibliográfica de CUERDA, ADP 92, pp. 506 s., nota 65).

GOMEZ, Inducción, pp. 353 ss., con más referencias, ofrece tres « argumentos que avalan la exigencia de que la actuación del inductor sea dolosa », pero que, en mi opinión, no son decisivos:

1. Un argumento semántico, de acuerdo con el cual los términos « inducción » o « incitación » exigen una relación de la finalidad del autor con el resultado o, al menos, un dolo de consumación. Ésto no es un argumento sino una *petitio principii*.

2. Al ser la inducción una conducta que, sin ser autoría, el legislador la trata como tal, es necesario realizar una interpretación restrictiva.

3. El tipo subjetivo debe ser idéntico en el autor y los partícipes.

Sin embargo, no es posible anclar estos dos argumentos en nuestro Derecho positivo.

La admiten, por el contrario, BINDING, Normen IV, pp. 615 s.; M. K. MEYER, Ausschluss der Autonomie, pp. 64 ss.; WEHRLE, Regressverbot, pp. 67, 69, aunque destaca su escasa relevancia práctica.

²⁹¹ FREUND, Erfolgsdelikt, p. 252, con más referencias.

²⁹² Sobre esta problemática concursal, BALDO, ADP 89, pp. 1117 ss., 1123.

²⁹³ La Jurisprudencia suíza nos ofrece un ejemplo práctico (BGE, 105 IV, pp. 330 ss.): Helene M. hereda una casa de campo cuyo mantenimiento le resulta muy costoso. Le comenta a dos conocidos suyos que lo mejor que le podría pasar es que la casa ardiera. Incluso se llega a hablar de una cantidad a pagar en caso de realizar el incendio, aunque la propietaria no lo había tomado en serio e, incluso, llega a advertirles que no hagan tonterías. Unos días más tarde estos conocidos que acabaron tomando en serio, aunque con dudas iniciales, las palabras de Helene M. prenden fuego a la casa. El Tribunal suízo absolvió a la propietaria de la casa, a pesar de la indudable relación causal entre el incendio y « los irreflexivos comentarios » de Helene M, ya que no se trata de una relación de causalidad adecuada. Esta sentencia afirma (p. 333) que de acuerdo con el normal transcurso de las cosas no es previsible « que un irreflexivo comentario sobre un incendio motive al interlocutor a realizar un hecho doloso ».

²⁹⁴ BALDO, ADP 89, p. 1093; DEL ROSAL, Inducción, pp. 185 ss.

²⁹⁵ TORIO, ADP 86, pp. 45 ss., resalta la importancia de determinar los requisitos objetivos de la inducción.

facturus)²⁹⁶. A no ser que, debido a la inducción, esa persona varíe de forma esencial la forma de realizar el delito, de tal manera que el autor desista de su delito ya decidido e inicie uno nuevo²⁹⁷. Si no es se constatan los requisitos objetivos de la inducción, es posible acudir a otras reglas de participación si sus requisitos se cumplen en ese caso (cooperación o complicidad psíquica²⁹⁸)²⁹⁹. A pesar de lo dicho, no se puede afirmar que siempre que alguien provoca una decisión delictiva en otro existe una participación delictiva³⁰⁰. Toda conducta que no reúna los requisitos de la inducción no tiene que ser declarada sin más como cooperación delictiva como asume un amplio sector de la doctrina³⁰¹, sino que se puede definir como penalmente irrelevante³⁰². La cuestión que interesa aquí no es si la « influencia psíquica » es o no un elemento del tipo objetivo de la

296 Vid. por todos, JESCHECK, PG, 64 III 2 c); MIR PUIG, PG, p. 430, con más referencias.

297 Sobre esta problemática BALDO, ADP 89, pp. 1106 ss.

298 Sobre estos requisitos, BALDO, ADP 89, pp. 1097 ss., de forma amplia; LAMPE, ZStW 77, p. 297; MIR PUIG, PG, p. 430; WELP, Vorangegangenes Tun, p. 293.

299 La S. T. S. de 29 de enero de 1983 (Pte. García Miguel), conocida como « caso Vinader » es completamente criticable, ya que de acuerdo con lo mantenido hasta ahora escribir unas cuartillas de papel no se puede entender como matar a alguien, aunque en la sentencia se insista en que el peridista puso en peligro vidas ajenas. Por tanto, Vinader sólo podría ser partícipe. Inducción no puede haber ya que no se probó la influencia psíquica directa ni se negó la posibilidad de que los terroristas ya hubieran decidido realizar el delito antes de que se publicara el reportaje de Vinader. Pero tampoco se probó suficientemente, a mi entender, que Vinader fortaleciera la resolución delictiva o favoreciera de algún modo la comisión del delito, aunque la cercanía temporal entre la publicación de sus reportajes y las muertes supusieran un importante indicio. Sobre esta sentencia se han pronunciado GIMBERNAT, Estudios, pp. 95 s. y ADP 94, p. 10, ocupándose de los problemas de prueba de la causalidad y LUZON PEÑA, Derecho Penal de la Circulación, pp. 122 ss., tratando estas cuestiones desde la misma perspectiva que se hace en este trabajo y considerando desde su punto de vista de que la participación imprudente es impune que la conducta de Vinader carece de relevancia penal (insiste en esta conclusión en PG, p. 508). LUZON, además, añade en referencia a GIMBERNAT que no es una cuestión evidente la falta de prueba suficiente de la relación de causalidad. En contra de la posición de LUZON, GOMEZ, Inducción, pp. 356 s., al entender que existe una imposibilidad conceptual de calificar como inductor al incitador que no actúa dolosamente. La doctrina italiana se ha mostrado muy crítica con esta sentencia: cfr. FIANDACA/MUSCO, PG, pp. 406 s.

En este caso se puede contemplar también como la negación de la delimitación de diferentes tipos de responsabilidad en el ámbito del delito imprudente puede conducir a puniciones exageradas, desmedidas y contrarias al tenor literal posible de los preceptos penales. En este caso, incluso, aunque se llegara a entender que existió cooperación psíquica, lo que nunca se probó en la sentencia, ya que puede ser que sólo existiera complicidad. Si así fuera, se le estaría imponiendo a Vinader una pena mucho más elevada que la que le corresponde, la pena equivalente al del autor (la persona que ha matado).

300 FRISCH, Verhalten, p. 336. En cambio, ROXIN, PG, 24/30, en su deseo de combatir la « teoría de la prohibición de regreso » ni siquiera respeta estos extremos, incurriendo en una responsabilidad por la mera causalidad cuando de favorecimiento o motivación de una creación de un riesgo se trata.

301 H. MAYER, PG, p. 321; SCHMIDHÄUSER, PG, 14/104; WELZEL, PG, p. 116.

302 FRISCH, Verhalten, p. 341; JAKOBS, ZStW 89, p. 30; WEHRLE, Regressverbot, p. 67, con referencias a STRATENWERTH. La afirmación de que sólo existe responsabilidad por inducción cuando « se provoque la resolución de cometer un hecho « concreto-individualizable », cuando se fijen los rasgos esenciales que « configuran » el injusto del hecho » (BALDO, ADP 89, p. 1095, con amplias referencias) sirve para negar la responsabilidad por inducción, pero no la responsabilidad penal. Evidentemente, es preciso diferenciar entre las diversas formas de participación criminal. Pero en el texto no interesa en calidad de qué se le imputa a alguien un riesgo como partícipe, sino si se le imputa o no.

La argumentación de que la especial penalidad de la inducción equivalente a la autoría motiva una especial limitación de la responsabilidad por inducción (ROXIN, LK, 26/12) sólo sirve para limitar la responsabilidad por inducción, pero no por las otras formas de participación criminal (complicidad).

inducción, de lo que creo que no cabe duda en nuestro Derecho positivo³⁰³, sino delimitar qué « influencias psíquicas » en el autor son subsumibles en los arts. 28 ó 29 o son penalmente irrelevantes³⁰⁴. Es decir, no interesa primordialmente la delimitación entre inducción y cooperación psíquica, que ha venido siendo la preocupación central de la doctrina con respecto a los límites de la responsabilidad por inducción, sino la delimitación entre lo penalmente irrelevante y el ámbito de lo típico. No puede haber inducción pero tampoco cooperación necesaria o complicidad cuando lo único que se hace es crear una situación en la que otro (previsiblemente) decide ejecutar un delito o crear una situación que tiene cierta fuerza sugestiva³⁰⁵. Tiene que existir una cierta connivencia o solidaridad con el hecho posterior³⁰⁶ y no cabe hablar nunca de participación en supuestos de acciones ambivalentes. Tiene que tratarse de una motivación concluyente para realizar un delito determinado³⁰⁷. Así, cuando alguien realice una conducta socialmente adecuada que no tiene un unívoco sentido objetivo de motivar o influir en la aparición de un delito, no cabrá la inducción, pero tampoco ninguna otra forma de participación. Por ejemplo, recomendar una novela a un amigo que tiene graves problemas con su mujer en la que se narra la organización de un « crimen perfecto » en un caso similar³⁰⁸, convencer a un marido celoso de que vuelva pronto a casa de manera que descubra *in flagranti* a su mujer con un amante³⁰⁹ o que el contable le diga al médico de una clínica privada que se dé más prisa en las operaciones para superar los problemas económicos del hospital, no son conductas penalmente relevantes. Asimismo, el impartir docencia en una materia como el Derecho penal siempre conlleva el « peligro » de motivar

³⁰³ Sobre la cuestión, BALDO, ADP 89, pp. 1097 s., con amplias referencias en notas 22 ss. a las que me remito.

³⁰⁴ MIR PUIG, PG, p. 431, afirma que « el influjo psíquico podrá consistir en un consejo, una solicitud, una provocación, etc., siempre que posea la suficiente intensidad para que aparezca como adecuada y pueda fundar la imputación objetiva », pero no aporta más datos; WELP, Vorangegangenes Tun, p. 285, sólo plantea el problema pero no ofrece soluciones.

³⁰⁵ FRISCH, Verhalten, p. 343; JAKOBS, PG, 22/21; JESCHECK, PG, 64 III 1; ROXIN, LK, 26/12; el mismo, Stree/Wessels-FS, pp. 377 s., sumándose a la posición de FRISCH; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 52 ss.; STRATENWERTH, PG, nums. margs. 881, 1163.

HERZBERG, Unterlassung, p. 123 y Täterschaft, p. 53 y ARM. KAUFMANN, Unterlassungsdelikte, p. 200 acuden al correctivo de la adecuación social, mientras SAMSON, SK, 26/5 acude al correctivo del riesgo permitido. En tiempos más recientes, HERZBERG, JuS 87, pp. 620 s., ha colocado la solución de algunos problemas de la inducción en el tipo objetivo de esta figura, utilizando también el correctivo del riesgo permitido, si se entiende la inducción como la creación del riesgo de que el inducido realice realmente el hecho que se le ha propuesto. BRANDTS/SCHLEHOFER, JZ 87, p. 448, acuden a la adecuación social y al riesgo permitido en supuestos de inducción al suicidio.

Sobre esta cuestión, en profundidad, en la doctrina española, DEL ROSAL, Inducción, pp. 205 ss.

³⁰⁶ SCHUMANN, Selbstverantwortung, p. 51. De acuerdo, ROXIN, Stree-Wessels-FS, pp. 377 s.

³⁰⁷ FRISCH, Verhalten, p. 345; SCHUMANN, Selbstverantwortung, p. 51.

³⁰⁸ Un ejemplo similar es utilizado por HERZBERG, Unterlassung, p. 307, que considera que no hay participación incluso aunque haya dolo; WEHRLE, Regressverbot, p. 64; WELP, Vorangegangenes Tun, p. 286.

³⁰⁹ Ejemplo de STRATENWERTH, PG, nº marg. 882.

o potenciar una actuación delictiva en un alumno, pero a nadie se le ocurriría hablar de participación criminal si algo así sucede³¹⁰. Tampoco en el siguiente ejemplo existe una « influencia psíquica » subsumible en el ámbito de protección de los arts. 28 ó 29 C. P.: una joven se sube a un coche conducido por un compañero de clase y se da cuenta de que su presencia motiva que el conductor realice una conducción evidentemente imprudente con el fin de impresionarla, observando en un momento dado como a raíz de esa conducción el piloto no se ha dado cuenta de que va a atropellar un peatón. La joven omite avisar al conductor. En este caso la joven no realiza más delito que el del art. 450 C. P.

11. Por otro lado, parece que cuando el autor ya ha comenzado al menos con el estadio de la tentativa, es decir, ha comenzado la realización del tipo, o ya ha realizado el delito que le sirve para cometer otro, todo favorecimiento suele adquirir el sentido objetivo de cooperación o complicidad³¹¹, aunque la tentativa tampoco sea una barrera fija para limitar la imputación. Así, por ejemplo, si alguien llega a una ferretería arrastrando a alguien de forma violenta y con golpes y dice que quiere comprar un cuchillo, la entrega del cuchillo ya ha perdido todo sentido que no sea el de facilitar la comisión de un delito. El propio JAKOBS ha señalado que « puede que un contexto marcadamente delictivo repercuta en un comportamiento que de por sí está estereotipado como adecuado en la sociedad »³¹². En mi opinión, cuanto más objetivada y cercana esté la realización del tipo, más difícil le será al que la favorece distanciarse del riesgo típico creado por el autor.

12. Los casos dudosos, y con respecto a los cuales es preciso determinar mejor este instituto de la « prohibición de regreso » o, lo que es lo mismo, los límites objetivos de

³¹⁰ En mi opinión, no es suficiente el recurso al argumento de que la participación imprudente es impune. ¿ Siempre que alguien sepa que la mujer de su amigo está con otro o que un alumno le da vueltas a la idea de matar a su padre o un amigo de matar a su mujer debe abstenerse de motivar una vuelta temprana a casa, recomendar un libro que considera interesante o utilizar un ejemplo útil para sus explicaciones ?

³¹¹ FRISCH, Verhalten, pp. 289 ss.; JAKOBS, Imputación, p. 162; LESCH, Beihilfe, pp. 281 s.; STRATENWERTH, PG, n° marg. 1164.

³¹² JAKOBS, Imputación, p. 164, utilizando un ejemplo similar al del texto: « la venta de una pala en una tienda de jardinería es algo inocuo; pero si delante de la tienda se está desarrollando una violenta pelea, y en la tienda irrumpen personas heridas que participan en la pelea, requiriendo que se les haga entrega inmediata de una pala puede que las cosas sean distintas »; el mismo, GA 96, p. 264, en un sentido similar; HERZBERG, Unterlassung, p. 315.

Resulta absolutamente rechazable una posición extrema como la de LESCH, Beihilfe, p. 283, nota 2 y ZStW 105, p. 286, que, en contra de HERZBERG y ROXIN, que considera correcta la posición de HERZBERG (Tröndle-FS, p. 196 y Stree/Wessels-FS, p. 380), radicaliza las ideas de JAKOBS y considera que el contexto de la acción da exactamente igual cuando se desempeñan determinados roles sociales y que dentro de ese rol ciertos objetos se pueden entregar siempre sea cual sea la situación. En estos ejemplos considera que no es delictivo vender el cuchillo o la pala.

la participación criminal, son aquéllos en los que el autor principal ha adoptado la resolución de realizar un delito, se encuentra en la fase de actos preparatorios y existen datos objetivos que lo demuestran³¹³; el propio autor dice que quiere un cuchillo para matar a su mujer, el que facilita el delito ha recibido ciertos datos que le indican que su conducta puede ser utilizada en un sentido delictivo, etc. En estos casos complejos es preciso fundamentar con mucho cuidado porqué el favorecimiento es punible. El mero conocer que alguien va a realizar un delito utilizando una actuación propia más la existencia de una relación de causalidad no es razón suficiente para fundamentar un *plus* de injusto con respecto al art. 450 C. P.³¹⁴ La cuestión es: ¿Hasta dónde tiene alguien el deber de « ponerle obstáculos » a alguien resuelto a realizar un delito ? En mi opinión, un Derecho repetuoso con la libertad de actuación y consciente de su carácter fragmentario debe pronunciarse a favor de la atipicidad o a favor de la menor penalidad del delito de omisión simple cuando la conducta tiene también un sentido socialmente adecuado³¹⁵. Además, la tipicidad de la conducta en estos supuestos en los que están en peligro bienes jurídicos muy importantes no estaría más bien en lo que el sujeto emprende, sino en no tener un grado mínimo de solidaridad para modificar su actuación en beneficio de la víctima ya que se sabe o se tienen indicios de que alguien está dispuesto a realizar un delito³¹⁶. Sin duda, el Derecho penal le exige a una persona en esa situación, una

313 En este ámbito es donde se centra en la actualidad la discusión en la doctrina alemana: FRISCH, Verhalten, pp. 255 ss., 263 ss., 280 ss., 308 ss.; HEFENDEHL, Jura 92, pp. 376 s.; ROXIN, PG, 24/26 ss.; el mismo, LK, 27/16 ss.; el mismo, Stree/Wessels-FS, pp. 378 ss.; el mismo, Miyazawa-FS, pp. 513 ss.; RUDOLPHI, SK, antes de 1/72, con más referencias; STRATENWERTH, PG, num. margs. 1163 ss.; WOLTER, Zurechnung, pp. 348 s.

314 FRISCH, Verhalten, pp. 320 ss.; JAKOBS, ZStW 89, p. 26.

La opción en este caso no es, pues, punición o impunidad, sino realización de un tipo de omisión simple o un tipo de participación. Ello debe tenerse en cuenta a la hora de tomar una decisión con respecto a este grupo de casos (cfr. FRISCH, Verhalten, pp. 256, 320 ss.; JAKOBS, PG, 7/67 s.).

Así, por ejemplo nadie dudaría que se realiza sólo el tipo del art. 450 C. P. si el vendedor tiene organizado su establecimiento en régimen de autoservicio. En este caso el vendedor no impediría que el comprador se llevara la mercancía que ha elegido. No creo que se pueda entender que existe un *plus* valorativo en aquellos supuestos en los que no se tiene organizado el comercio en régimen de autoservicio. En mi opinión, es preciso tener en cuenta las consideraciones del texto para evitar desvalorar penalmente de forma distinta situaciones equivalentes valorativamente, en las que no existe ningún dato normativamente relevante que fundamente un desvalor distinto.

315 FREUND, Erfolgsdelikt, p. 233, señala como falta la necesidad de castigar una conducta como participación cuando se consigue la misma utilidad con una norma de conducta menos gravosa.

316 Si estos casos de insolidaridad se consideran especialmente graves, ello debe repercutir en la determinación de la pena. O, incluso, en propuestas de *lege ferenda*. Por ejemplo, considerando más graves los supuestos de omisión del deber de socorro en los que no entregar un objeto o no retirarse de un lugar impedirían la comisión de un delito o considerar que es más grave la omisión cuando existe una intención de no dificultar el delito.

Ello es más evidente en los casos en los que alguien está cumpliendo casualmente sin ninguna obligación el papel de barrera salvadora de la víctima, pero no se mantiene como tal. Se trataría de un caso de los ya vistos de « omisión por comisión ». Así, por ejemplo, el supuesto en el que una persona, sabiendo que alguien quiere asesinar a su vecino deja su puerta abierta o sin pestillo o desactiva el sistema de alarma de su casa para que los delincuentes puedan acceder a la casa del vecino o puedan acceder con

variación de su conducta, pero establece dicha obligación a través del art. 450 C. P. y no de los tipos puros de resultado. ¿ Por qué no querer variar la organización de los asuntos propios para impedir que otro realice un delito se ha de entender como cooperar a la realización de dicho delito ? En mi opinión, para poder llegar a un correcto fundamento de la participación criminal respetuoso con principios irrenunciables como el de que nadie puede ser hecho responsable de un injusto ajeno, es preciso defender no sólo un concepto restrictivo de autor, sino un concepto restrictivo de todas las formas de participación³¹⁷. Sobre todo teniendo en cuenta que las reglas de la participación son reglas que extienden la responsabilidad penal y que si no se interpretan de forma restrictiva todo el mundo puede acabar siendo partícipe de cualquier delito. En los supuestos de autoría, al menos, el principio del riesgo opera como límite en los delitos puros de resultado, habiendo límites formales en el resto de las figuras delictivas (elementos especiales de autoría, modalidades concretas de comisión, etc.). Al igual que las teorías subjetivas o causales han sido rechazadas para delimitar la autoría de la participación, deben ser rechazadas para delimitar los favorecimientos casuales de las participaciones típicas. Por ejemplo, no es suficiente para fundamentar una participación delictiva que alguien le otorgue la construcción de su chalet a alguien sabiendo que éste le ha ofrecido un presupuesto tan barato porque no va a respetar las medidas preceptivas de seguridad en el trabajo o que con ese presupuesto no es posible cumplir dichas medidas de seguridad. En este caso el que encarga la construcción de la casa sólo ha favorecido una situación que otro aprovecha para delinquir. En este ejemplo se comprueba también como el problema de la « prohibición de regreso », como cuestión relacionada con el tipo objetivo de las diversas modalidades de participación, es un problema general de la teoría jurídica del delito. Es preciso establecer límites generales válidos para todos los tipos³¹⁸: si en el caso del último

mayor facilidad. Se trataría de un supuesto de omisión simple y no de participación. De acuerdo, FRISCH, Verhalten, pp. 255 ss., en profundidad, que lo considera un caso de falta de prestación de la ayuda necesaria, exactamente igual que la de cualquier otra persona que estuviera presente y se hubiera dado cuenta de la actividad delictiva. Este autor considera que no existe participación cuando el favorecimiento se agota en « la modificación del propio ámbito de dominio » (pp. 263, 320 ss.). También a favor, FREUND, Erfolgsdelikt, p. 240; JAKOBS, PG, 29/30, con nota 55, de acuerdo con su fundamentación general del injusto (7/59 ss.). En contra, ROXIN, Täterschaft, pp. 485 ss., que considera que en supuestos como éste la omisión es punible aunque no haya posición de garante o deber de impedir el resultado, cayendo en realidad en una fundamentación subjetiva de la participación criminal. Para ROXIN la « mala intención » puede suplir la falta de requisitos objetivos para la imputación. Vid. además RANFT, ZStW 97, pp. 288 ss.; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 65 ss.

³¹⁷ FRISCH, Verhalten, pp. 295 ss., 333 ss.; ROXIN, Stree/Wessels-FS, p. 381; el mismo, Miyazawa-FS, pp. 512 ss. y passim; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 52 s.

³¹⁸ ROXIN, Stree/Wessels-FS, pp. 378 ss.; el mismo, Miyazawa-FS, pp. 512 ss.; el mismo, LK, 27/16 ss. En sentido contrario, WEHRLE, Regressverbot, p. 116.

La cuestión no varía si el cuchillo que se entrega sirve para un homicidio, un robo o una violación. La « prohibición de regreso » sirve también, por ejemplo, para resolver los casos en los que un abogado llama a declarar a alguien que sabe que va a realizar un falso testimonio.

Cuestión distinta es que no se pueda admitir la participación imprudente para aquellos delitos que,

ejemplo no hay participación en un homicidio o en unas lesiones de los trabajadores tampoco existe participación en un delito contra la seguridad en el trabajo. La impunidad es más evidente cuando el que favorece el delito cumple con sus obligaciones³¹⁹, como en el ejemplo del deudor que paga o del juez que cumple con su función³²⁰. O en casos en los que alguien hace caso omiso de las amenazas o coacciones del autor doloso, que pretende coartar la libertad de alguien mediante una amenaza contra terceros³²¹. Por el contrario, la relevancia penal del comportamiento es indudable en cuanto la conducta adquiera cualquier grado de solidaridad con la futura conducta del autor³²². En estos casos nos encontraremos ante una cooperación necesaria o una complicidad. Por ejemplo, el dependiente de una papelería le recomienda al comprador cuál es la mejor tinta para realizar una determinada falsificación, el ferretero aconseja al cliente cuál es la mejor navaja para participar en una determinada pelea o el taxista recoge a los atracadores en un determinado punto convenido de antemano y les espera hasta que finalizan el atraco con el coche en marcha³²³. En estos casos estos comportamientos sólo pueden interpretarse como vinculados, asociados, comunicados o acoplados con las realizaciones del tipo de tal manera que se ha de ver el riesgo típico o la realización del tipo como el fruto de una organización colectiva en la que está incluido el comportamiento del vendedor, del ferretero o del taxista.

13. Existen ciertos supuestos en los que al que favorece o facilita la conducta

como el robo, ni siquiera contemplan la modalidad de autoría imprudente.

³¹⁹ FRISCH, Verhalten, pp. 274 s., 309 ss., aunque señala como pueden existir problemas en « casos límite »; JAKOBS, Imputación, p. 158: « Nadie responde de las consecuencias que deriven del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales ». Evidentemente, en toda la exposición he presupuesto que no se trata de supuestos en los que se realiza una « puesta en escena » buscando impunidad. Ese es un problema probatorio que no debe incidir en los problemas materiales del Derecho penal.

³²⁰ Si se entiende que la conducta es típica considero que no se puede entender que está justificada. En casos como éstos no concurren ciertos requisitos objetivos que son exigidos por la doctrina con respecto a las causas de justificación del cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, como, por ejemplo, la proporcionalidad de acuerdo con la ponderación de los bienes jurídicos en juego.

³²¹ ROXIN, Tröndle-FS, p. 191.

³²² LESCH, Beihilfe, pp. 280 s. y ZStW 105, p. 285, apoyándose en la posición de SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 50 s. Estos autores consideran que hay que distinguir entre acciones solidarias con el injusto ajeno y acciones neutrales con el injusto ajeno.

En contra de la posición de SCHUMANN y su criterio de la solidaridad con un injusto ajeno, NIEDERMAIR, ZStW 107, p. 512.

³²³ JAKOBS, ZStW 89, p. 27, nota 83, propone el ejemplo del panadero que realiza un determinado tipo de pan que no ofrece normalmente a la venta y que sólo puede servir para ocultar el veneno. En Imputación, p. 162 utiliza la siguiente argumentación: « No es lo mismo que alguien pida a otro que cometa un delito o que se limite a constatar que una casa carece de vigilancia; que alguien explique cómo pueden neutralizarse los vigilantes de un banco o que sólo explique el funcionamiento de una cerradura normal; que alguien organice la ruta de huida o que sólo aporte un plano de la ciudad; que alguien venda un juego de llaves de reserva o tan sólo un destornillador; que alguien recorte, tal como se le indicó, el cañón de una escopeta o que sierre una vulgar barra de hierro ». En el mismo sentido, GA 96, pp. 263 s.

delictiva se le puede imputar el riesgo creado por el autor, incluso aunque el favorecimiento se haya producido antes de que el autor haya resuelto crear dicho riesgo. Se trata de supuestos en los que el que favorece tiene una posición de garante de control con respecto a algún punto del hecho delictivo: instrumento del delito, que el autor se encuentre en el lugar del hecho y no en otro, etc³²⁴. Se trata de deberes cuyo incumplimiento se convierte objetivamente en cooperación. Los garantes ya no pueden aducir que ellos sólo infringen un deber general de solidaridad (art. 450 C. P.). Hay que insistir en que estas posiciones de garante deben estar muy bien fundamentadas para que su incumplimiento adquiera objetivamente siempre un significado delictivo. Evidentemente, si aunque exista una posición de garante se trata de supuestos de caso fortuito (sin dolo ni culpa) no habrá delito, pero ese es un problema relacionado con el tipo subjetivo y no con los requisitos objetivos de la imputación. Aquí nos interesa un problema previo relacionado con el tipo objetivo y no con el tipo subjetivo: el ámbito de protección de las reglas de participación. Así, por ejemplo, es lógico que la doctrina

324 ----- MEYER-ARNDT, WISTRA 89, pp. 281, 285; WEHRLE, Regressverbot, pp. 100 ss., con más referencias. En contra, ROXIN, Tröndle-FS, pp. 184, 194, 198 ss.; el mismo, PG, 24/31, que considera que sólo se le puede imputar el riesgo al garante cuando existe un « inclinación cognoscible al hecho ».

Tiene razón FRISCH, Verhalten, p. 267, nota 128, al señalar que, lamentablemente, no se ha distinguido tradicionalmente en este tema entre los casos en los que existe una posición de garante (poseedor de un arma de fuego cargada) y los supuestos en los que no existe tal posición de garante (poseedor de unas tijeras), lo que ha conducido a la defensa de una excesiva responsabilidad penal para este segundo grupo de casos.

En el ámbito de la participación por omisión, es preciso señalar frente a DIAZ, PJ 24, p. 211 y LUZON, Estudios, pp. 245 s., 247 ss., que no cabe un auxilio moral que refuerce el ánimo delictivo del autor por pasividad o silencio si no existe una posición de garante. En estos supuestos habrá que acudir al art. 450 C. P. Vid. la crítica que hace ROXIN, Miyazawa-FS, pp. 505 ss., con más referencias, a ciertos excesos en la punición de la cooperación psíquica, coincidiendo con la crítica que aquí se le hace a LUZON en los supuestos de omisión. La doctrina alemana se encamina hacia un rechazo absoluto a este tipo de cooperación delictiva (HRUSCHKA, SAMSON) o, como hace ROXIN, a tener « en consideración el « reforzamiento de la resolución delictiva » sólo dentro de límites estrechos » (p. 508).

La Jurisprudencia del T. S. ha fundamentado en numerosas ocasiones una cooperación o complicidad por omisión sin fundamentar debidamente porqué se imputaba un hecho delictivo realizado por un tercero: SS. T. S. de 10 de diciembre de 1982 (Pte. Latour); 31 de enero de 1986 (Pte. Moyna); 13 de diciembre de 1988 (Pte. Román); 26 de junio de 1990 (Pte. García Ancos). Es preciso aplaudir, sin embargo, las siguientes sentencias: 28 de octubre de 1983 (Pte. Latour) que niega la existencia de una complicidad por omisión, y que ha sido criticada por LUZON, Estudios, pp. 229 s., nota 4, ya que considera que existe una posición de garante por las siguientes razones: « al estar las personas a quienes se iba a robar alojadas en la alcoba de su casa, se podía haber apreciado en la mujer C una clara posición de garante respecto de las pertenencias y vidas de sus huéspedes, por lo que, si se estima correcta la teoría de la posición de garante, lo coherente hubiera sido apreciar participación por omisión. Ello aparte de que, al marcharse de la casa, llevándose consigo a los niños, realizó una conducta activa de quitar obstáculos que pudiera suponer la presencia de los niños para la realización del hecho, por lo que ya con ello lo facilitaba y había base para la cooperación (necesaria o no) »; 8 de octubre de 1991 (Pte. Martínez-Pereda), con comentario favorable de DIAZ, PJ 24, *passim*.

De acuerdo con lo expuesto en el texto y en notas anteriores, considero que LUZON extiende en demasía la responsabilidad por hechos ajenos. Como se puede apreciar, la problemática de la « prohibición de regreso » como una teoría del tipo objetivo de la participación criminal es algo más que una mera cuestión teórica, siendo una teoría que intenta resolver casos especialmente complejos.

alemana³²⁵ haya criticado una antigua línea jurisprudencial de su país³²⁶ que consideraba que los encargados de bares, cafeterías, restaurantes, etc. eran garantes de lo que sus clientes hicieran tras haber consumido bebidas alcohólicas en su establecimiento³²⁷, alabando el cambio que el T. S. alemán ha hecho de esta línea jurisprudencial³²⁸. Los encargados de un establecimiento de hostelería carecen de cualquier deber de control tanto sobre el tráfico de bebidas (exceptuando el despacho a menores) como sobre el hecho de que sus clientes se coloquen voluntariamente en una situación de semiimputabilidad e, incluso, de inimputabilidad. El consumo de las bebidas alcohólicas existentes en el mercado siempre es cosa exclusiva de los que las beben (si no son menores o inimputables). Por ello al hostelero no le incumbe lo que sus clientes hagan con el consumo de bebidas alcohólicas³²⁹. Cada ciudadano es responsable con absoluta exclusividad de no colocarse en una situación en la que ya no pueda cumplir sus deberes de cuidado o motivarse para respetar las normas jurídicas. En estos casos alguien se coloca en una situación en la que está plenamente influenciado por bebidas alcohólicas de forma gradual, por lo que sólo él mismo es responsable de esa situación, no pudiendo distanciarse de su incumbencia preferente « echándole la culpa » a un tercero o a la casualidad. Los deberes de cuidado o de no colocarse en situaciones de inexigibilidad son deberes absolutamente personales cuya infracción sólo exonera de responsabilidad en situaciones en las que es imposible cumplir con dichos deberes (por ejemplo, supuestos

325 -----
FRISCH, Verhalten, p. 362; HERZBERG, Unterlassung, pp. 312 ss.; JAKOBS, PG, 24/17, 29/37; OTTO, NJW 74, p. 534; el mismo, PG, 9 III 1 c); OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, p. 650, con más referencias; RUDOLPHI, Gleichstellungsproblematik, pp. 137, 170; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, pp. 309 ss.; STRATENWERTH, PG, nº marg. 1008, plantea sólo sus dudas; WELP, Vorangegangenes Tun, pp. 316 ss.; WELZEL, JZ 60, pp. 179 s.

326 Jurisprudencia que posteriormente cambió y declaró la impunidad de estos supuestos con base en el principio de la autorresponsabilidad del cliente: BGHSt 19, pp. 154 s., BGH 25, p. 221 y BGH 26, p. 38 que limitaron la doctrina jurisprudencial emanada de BGHSt 4, pp. 20 ss.

327 El tema es extendible a los suministradores de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, etc. La opinión contraria recae en un indudable versarismo. El traficante de drogas realiza en estos casos un injusto contra las competencias del Estado, pero no contra bienes jurídicos de terceros.

328 FRISCH, Verhalten, p. 358, nota 464; OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, p. 650; SCHMIDHÄUSER, Studienbuch, 12/32.

REYES, Imputación, pp. 183 s., considera que en estos casos existe una posición de garante aunque ésta tenga límites.

329 Como WELP, Vorangegangenes Tun, p. 317, ha señalado, la argumentación del T. S. alemán con base en el principio de confianza no es válido. En muchos supuestos existen al menos « indicios objetivos concretos » de que el cliente se va a comportar antijurídicamente que harían que se exceptuara el principio de confianza. Así, por ejemplo, HERZBERG, Unterlassung, p. 315, critica al T. S. alemán porque considera que el hostelero responde si existen dichos « indicios objetivos concretos », lo que hace que el principio de autorresponsabilidad no suponga un límite. HERZBERG, sin embargo, no se da cuenta de que el hostelero no facilita la ejecución de un hecho típico, sino que facilita colocarse en una situación de incapacidad (« imprudencia por asunción ») o de inexigibilidad (« *actio libera in causa* »). Por eso su comparación con el ejemplo de un ferretero que vende un cuchillo no sirve.

de autoría mediata)³³⁰. Ello es más evidente si pensamos que nunca nadie se ha planteado que los fabricantes de bebidas alcohólicas respondan como partícipes de aquellos delitos que tienen algo que ver con sus productos. Pues bien, la única diferencia entre el fabricante de bebidas y el tabernero es la cercanía temporal. Y la mera cercanía temporal no puede fundamentar una posición de garante ni supone un criterio normativo que pueda fundamentar la imputación jurídico-penal. Además, se podría afirmar que colocar a alguien en situación de semiimputabilidad o inimputabilidad no es *per definitionem* delictivo. Ante una problemática distinta nos encontramos cuando se deja a un cliente en coma etílico en la calle absolutamente desprotegido y éste, por ejemplo, enferma como consecuencia de ello de una pulmonía de la que fallece. Pero aquí ya no nos encontramos ante problemas de participación ni ante fundamentaciones de posiciones de garantía con respecto a hechos delictivos de otros. En este caso se crea un riesgo al traspasar a una persona inconsciente de un lugar seguro a un lugar más peligroso. Por tanto, el que lo haga, sea quien sea, será siempre autor aunque no tenga nada que ver con el estado etílico de la víctima.

Voy a exponer algunos supuestos en los que la posición de garante de ciertas personas están bien fundamentadas y, por ello, responderán como cooperadores (necesarios o no) en caso de que en un momento concreto infrinjan sus deberes como tales garantes:

a) Posición de garantía con respecto a personas responsables³³¹ que, por ejemplo, deberían estar encerradas mediante el uso de la fuerza en determinado lugar y, por ello, no se deberían encontrar en el lugar de comisión del delito³³² o que no deberían estar realizando determinada actividad por no estar capacitadas³³³. Así, por ejemplo, se podría

330 JAKOBS, PG, 29/nota 79; OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, p. 650.

331 Sobre las posiciones de garante con respecto a inimputables, vid. supra IV.B.2.4.

332 HERZBERG, Unterlassung, p. 321; SCHAFFSTEIN, Lackner-FS, pp. 799 s.

333 Por ejemplo, los supuestos de responsabilidad con respecto al propio equipo médico o de organización de una empresa (JAKOBS, PG, 29/52), que serán tratados infra Cap. 5º VIII.4 en el epígrafe sobre el principio de confianza.

Supuestos como los del instructor de autoescuela normalmente tienen más que ver con la propia responsabilidad para evitar lesiones con el automóvil por parte del instructor que con la conducta imprudente del que está aprendiendo a conducir. Pero en otros casos, cuando se deja a alguien no preparado conducir, pilotar un avión o esquiar, ello supone una autoría mediata o una inducción por existir una posición de garante. Sobre este último supuesto se puede consultar la siguiente bibliografía: FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 253 ss. FRISCH, Verhalten, pp. 368 ss., con nota 521, ambos con más referencias; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/77.

Los ejemplos del párrafo anterior son casos de irresponsabilidad parcial en determinados subsistemas, siendo compensada esta responsabilidad parcial mediante la intervención de un garante que tiene el deber de controlar esas deficiencias (FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 253 ss.; FRISCH, Verhalten, pp. 368 s.).

considerar como cooperador a un delito al funcionario o juez que infringiendo sus deberes deje indebidamente en libertad a un recluso³³⁴. El art. 1 de la LGP y el art. 1 del Reglamento penitenciario establecen que las Instituciones penitenciarias no sólo « tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad », sino también « la retención y custodia de detenidos, presos y penados ». Más allá de estos supuestos, es preciso fundamentar con mucho detenimiento la obligación de impedir que alguien disponga de una posibilidad de lesionar delictivamente a terceros. Lo normal es que, exceptuando los supuestos ya mencionados, nunca exista una posición de garante frente a hechos delictivos ajenos de personas responsables³³⁵. Por ejemplo, un cónyuge no tiene ningún deber más allá de los deberes generales de solidaridad de evitar que el otro cónyuge realice delitos o se encuentre en el lugar del delito³³⁶ o un empresario no es garante de evitar, en principio, la comisión de delitos entre sus empleados³³⁷, aunque sí lo pueda ser de las actividades delictivas que lleva a cabo su empresa. Los otros ciudadanos nunca pueden ser considerados una « fuente de peligro para bienes jurídicos » en sentido naturalístico o como meros procesos causales equivalentes a una máquina o un animal.

b) Posición de garante con respecto a objetos o sustancias para cuyo uso, tenencia o tráfico hace falta una autorización estatal especial y, por ello, no se encuentran al alcance de cualquier ciudadano (armas de fuego, explosivos, sustancias asfixiantes, ciertas sustancias tóxicas, venenosas o perjudiciales para la salud, material radioactivo, etc.).

334 FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 256 ss., con más referencias doctrinales y jurisprudenciales; KUSCH, NSIZ 85, p. 392 s.; OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, p. 599; RÖSSNER, JZ 84, pp. 1071 s.; SCHAFFSTEIN, Lackner-FS, p. 812 y passim. En estos casos no es obvio que se pueda presumir el respeto a las normas penales o la disposición a comportarse de acuerdo con las normas por parte del tercero.

335 En la doctrina alemana es un tema discutido. Cfr. FRISCH, Verhalten, pp. 358 s., con abundantes referencias.

336 BLOY, Beteiligungsform, p. 145; FRISCH, Verhalten, p. 362; HERZBERG, Unterlassung, p. 321; JAKOBS, PG, 29/37, 63; JESCHECK, PG, 59 IV 4 c; RUDOLPHI, Gleichstellungsproblematik, pp. 94 ss.; el mismo, SK, 13/36 b, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales; SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen, p. 332, con más referencias; STREE, Schönte/Schröder, SK, 13/53.

337 CORCOY, El delito imprudente, pp. 583 s.; JAKOBS, PG, 29/36, con más referencias; JESCHECK, LK, 13/45; RUDOLPHI, SK, 13/35 a. En contra, BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, p. 277, que afirma la posición de garante del empresario con respecto a la evitación de delitos graves (contra las personas o la libertad), pero no con respecto a la « pequeña criminalidad » (hurtos, estafas, injurias).

Tampoco es garante el dueño de un establecimiento hotelero de los delitos entre clientes o el que tiene invitados en casa de la actividad delictiva de éstos (sobre la literatura existente en Alemania contra la Jurisprudencia del T. S. alemán, JESCHECK, LK, 13/44; SCHÜNEMANN, ZStW 96, pp. 309 s.; en contra, BRAMMSEN, Entstehungsvoraussetzungen, pp. 281 ss.; OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, pp. 646 ss.).

En todos estos casos, claro está, se presupone que no se ha asumido una posición de garantía. Por ejemplo, protección frente a hurtos en el guardarropa de la empresa o del establecimiento hotelero.

Estos objetos o sustancias deben ser custodiados y no permitir que puedan llegar a manos de terceros no autorizados o no cualificados³³⁸. La posición de garante se basa aquí en que la organización de las actividades relacionadas con dichos objetos o sustancias es competencia exclusiva del Estado. El Estado, en el desempeño de su deber de protección, sólo cede la utilización, manejo o disfrute de estos bienes o sustancias a determinadas personas³³⁹. Los ciudadanos que reciben una autorización especial para poseer y utilizar dichos productos o cosas no adquieren sólo derechos especiales, sino también deberes especiales. No pueden dejar que esas armas de fuego, sustancias tóxicas, etc. caigan en manos de personas que carecen de autorización especial. Sólo pueden ser vendidas o entregadas a aquellas personas que disponen de una autorización. Se trata de la asunción de una competencia estatal. Y sólo mediante la estabilización de estos deberes de los particulares especialmente autorizados puede el Estado cumplir sus funciones de seguridad frente a la colectividad y frente a los individuos particulares. Negar estos deberes conduciría al absurdo³⁴⁰. El argumento de que no es necesario castigar la falta de control o la entrega a personas indebidas porque existen infracciones y delitos de peligros abstracto³⁴¹ no es suficiente³⁴². Estas infracciones y delitos de peligro abstracto castigan

338 -----
BLOY, *Beteiligungsform*, p. 144; BRAMMSEN, *Entstehungsvoraussetzungen*, p. 246; CEREZO, PG, p. 426; CRAMER, *Schönke/Schröder*, 15/154; FIANDACA/MUSCO, PG, p. 408; FREUND, *Erfolgssdelikt*, pp. 229 ss.; FRISCH, *Verhalten*, pp. 232, nota 7, 243, 247 s., 251 ss., 306, 360 ss.; HERZBERG, *Täterschaft*, p. 96; JAKOBS, PG, 29/34, 21/114; el mismo, *Imputación*, pp. 160 s.; el mismo, GA 96, p. 264; LENCKNER, *Schönke/Schröder*, antes de 13/101 b; OTTO, NJW 74, p. 533; OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 85, p. 600; PUPPE, NK, antes de 13/156; RUDOLPHI, *Gleichstellungsproblematik*, p. 168; el mismo, SK, antes de 1/72, con más referencias; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, pp. 210 ss.; el mismo, JA 75, p. 718; WEHRLE, *Regressverbot*, p. 107.

En contra, MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/74.

Vid., a título de ejemplo, arts. 187 ss. del Decreto 2114/78 de 2 de marzo (Reglamento de explosivos), arts. 144 ss. del Real Decreto 137/1993 de 29 de enero (Reglamento de armas) y arts. 7 ss. del Real Decreto 158/95 de 3 de febrero sobre Protección física de los materiales nucleares.

En este sentido es correcta la clásica sentencia alemana RGSt 34, pp. 91 ss. (« caso del guardarropa »), que siempre aparece en la discusión sobre la « prohibición de regreso » y en la que se narra el siguiente hecho: alguien deja un abrigo en el guardarropa de un teatro con un revólver cargado en su bolsillo. Uno de los acomodadores del teatro lo encuentra y aprieta el gatillo pensando que no estaba cargada, dando muerte a un tercero. En el mismo sentido se manifiestan FREUND, *Erfolgssdelikt*, p. 231; FRISCH, *Verhalten*, p. 232, nota 7. En contra de la corrección de la sentencia, MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/74.

O en el ejemplo clásico de FRANK (cfr. ENGISCH, *Kausalität*, pp. 80 s.; FREUND, *Erfolgssdelikt*, p. 226; FRISCH, *Verhalten*, pp. 233, 249, 254; SPENDEL, *JuS* 74, p. 750) en el que unos cazadores dejan sus escopetas cargadas en la entrada de un mesón mientras comen, siendo utilizada una de ellas por un tercero para matar a otro, no cabrá acudir a la « prohibición de regreso ». En el mismo sentido, FRISCH, *Verhalten*, pp. 249, 254.

339 FRISCH, *Verhalten*, p. 361.

340 FRISCH, *Verhalten*, p. 361.

341 Entre otros: Arts. 254 ss., 341 ss. C. P; Decreto 2114/78 de 2 de marzo (Reglamento de explosivos); Real Decreto 137/93 de 29 de enero (Reglamento de armas); Real Decreto 158/95 sobre la Protección física de los materiales nucleares.

342 En el mismo sentido, FRISCH, *Verhalten*, p. 278; RUDOLPHI, *Gleichstellungsproblematik*, p. 168; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 211.

la peligrosidad que encierra el hecho de que el Estado pierda el control sobre cierto tipo de sustancias u objetos especialmente lesivos. Es decir, el injusto se basa en la falta de respeto a las competencias que tiene el Estado en beneficio de la colectividad. En cambio, en los casos que aquí nos ocupan nos encontramos ante un riesgo para ciudadanos determinados al que se ha contribuido de forma antijurídica. Es decir, el injusto no tiene relación con una competencia estatal, sino con los bienes jurídicos de personas concretas. El desvalor por parte del ordenamiento jurídico es distinto. La posición de garantía no tiene nada que ver con la mayor o menor peligrosidad de los objetos que se transmiten o que no se custodian, sino que depende de la constitución de una determinada sociedad. Así, por ejemplo, es posible que el tráfico de armas sea algo libre en algunos lugares. O, por ejemplo, en nuestro país, en principio, no existen límites para vender o ceder vehículos a motor incluso a personas que no disponen de autorización administrativa para conducir³⁴³, por lo cual la mera propiedad de un vehículo no genera una responsabilidad con respecto a la actuación de la persona que lo conduce. O por citar otro ejemplo un vendedor de un concesionario de automóviles de alta potencia no tiene que dejar de vender un vehículo a un joven alocado muy conocido en la localidad por sus peripecias automovilísticas y accidentes o a una persona que tiene propensión a conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Los criterios para determinar la participación por entregar o transmitir vehículos de motor no difieren de los criterios para determinar la participación por entregar o transmitir un cuchillo de cocina o unas tijeras de costura (aunque nos parezca más peligrosa en general una conducta que otra).

En estos supuestos se puede apreciar que es indiferente si la conducta se define como acción (darle una pistola a alguien sin autorización) u omisión (no impedir que alguien sin licencia coja la pistola)³⁴⁴.

14. No se debe confundir la concreción del tipo objetivo de la participación desarrollado en páginas anteriores con la problemática del principio de confianza (Cap. 5º

³⁴³ Aunque la S. T. S. de 22 de mayo de 1989 (Pte. Soto), constata sólo la existencia de una responsabilidad civil (« La proliferación en el uso de vehículos de motor ha llevado consigo la frecuencia de cesiones esporádicas de los mismos, provisionales, y a veces fugaces, prestaciones que no liberan al titular o habitual poseedor de una eventual responsabilidad civil subsidiaria en caso de siniestro, máxime si hizo dejación de vehículo a persona inexperta o carente de condiciones, sin cerciorarse de su habilidad, conocimientos o titulación ».), la Jurisprudencia suele considerar coautor o cooperador al que facilita un vehículo de motor a una persona inexperta (vid. SS. T. S. de 31 de octubre de 1926; 22 de febrero de 1930; 17 de febrero de 1976 -Pte. Sáez-), suponiendo un supuesto típico utilizado por nuestro T. S. para afirmar la existencia de codeinfracción imprudente en sus múltiples variantes.

Sobre la problemática en Alemania, donde el ordenamiento jurídico sí contempla ciertos límites: FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 230 s.; FRISCH, Verhalten, p. 361, nota 482; JAKOBS, PG, 29/34, ambos con amplias referencias; OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, pp. 600 s, con amplias referencias.

³⁴⁴ FRISCH, Verhalten, pp. 247 ss.; LUZON PEÑA, Estudios, p. 245.

VII). El principio de confianza tiene que ver con los límites subjetivos del tipo: la determinación del deber de cuidado con conductas de otras personas. Aquí me he ocupado de una cuestión previa relacionada con el tipo objetivo y que afecta a los supuestos dolosos e imprudentes. Además, el principio de confianza tiene tanta relevancia para eliminar la imputación a título de autor como la imputación a título de partícipe. En las páginas anteriores me he preocupado de delimitar la problemática de los requisitos objetivos de la participación criminal³⁴⁵. Esta distinción entre cuestiones relacionadas con el tipo objetivo y cuestiones relacionadas con el tipo subjetivo tiene importantes consecuencias prácticas. El principio de confianza sólo entra en juego como límite de la imputación cuando un comportamiento reúne los requisitos objetivos de un tipo penal. La cuestión que aquí se ha tratado es previa: ¿Puede imputársele objetivamente un riesgo creado por otro a una persona que lo ha motivado, favorecido o facilitado? Por esa razón los « conocimientos especiales » hacen que desaparezca el principio de confianza, pero no afectan al tipo objetivo, fundamentando sólo una responsabilidad en virtud de una omisión simple (art. 450 C. P.)³⁴⁶. Los conocimientos del autor no pueden ampliar el ámbito de protección de la norma establecido por el legislador. El principio de confianza es un problema de imputación subjetiva que presupone que existe la realización del tipo objetivo, mientras la idea de la « prohibición de regreso » -se admita ésta con límites más o menos extensos, se admita en el sentido desarrollado aquí o no- es un instituto que sirve para negar la existencia del tipo objetivo en un ámbito como el de los tipos de participación (arts. 28 y 29 C. P.) que no nos dicen mucho sobre las conductas que describen y que es un problema que afecta por igual a todos los tipos de la parte especial.

15. Así, por ejemplo, cuando alguien es autor porque ha creado un riesgo desaprobado o es garante de un riesgo ya no puede acudir al instituto de la « prohibición de regreso » como se ha defendido aquí, sino, a lo sumo, al principio de confianza. Esta es una de las grandes diferencias con el instituto de la « prohibición de regreso » tal y como fue formulado tradicionalmente por FRANK. No se distinguía, en virtud del « dogma causal » entre conductas imprudentes de autoría y de participación. Un ejemplo lo tenemos en un caso real utilizado siempre por la doctrina alemana para criticar la teoría de la « prohibición de regreso » conforme al cual se condenó a los arrendadores de una

345 Bibliografía sobre la distinción entre el instituto del principio de confianza y de la « prohibición de regreso » desde otras perspectivas: BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 138 ss.; FRISCH, *Verhalten*, pp. 237 s., 298; JAKOBS, *ZStW* 89, pp. 13 ss., 29 ss.; MAIWALD, *JuS* 89, p. 187; WELP, *Vorangegangenes Tun*, pp. 314, 317.

346 En contra, ROXIN, *PG*, 24/27, *LK*, 27/21, *Stree/Wessels-FS*, pp. 378 ss. y Miyazawa-FS, pp. 512 ss., que reduce la problemática aquí tratada a un problema de riesgo permitido y principio de confianza.

vivienda por arrendarla sin cumplir las normas sobre materiales ignífugos, iniciándose un incendio sin poder demostrarse que fuera provocado o por accidente, pero sin que hubiera ninguna evidencia de la actuación dolosa de un tercero en el accidente³⁴⁷. En este caso la defensa había intentado utilizar la idea de la « prohibición de regreso » en beneficio de sus clientes³⁴⁸. En casos como éste se le puede imputar el riesgo al inculpado como garante, que ha incumplido sus deberes dejando el resultado incontrolado y en manos del azar. Es indiferente que el riesgo se vea consumado mediante la intervención (dolosa, imprudente, culpable, no culpable) de un tercero, de la víctima o por un hecho accidental³⁴⁹ porque se tiene una posición de garantía con respecto a todos estos supuestos. Por ello no se puede hablar de « prohibición de regreso » cuando el riesgo es directamente imputable. En este caso, aunque hubiera otro autor doloso que hubiera

347 RGSt 61, p. 318 (« caso del incendio en la buhardilla »). En el texto me he referido sólo a las circunstancias que aquí interesan de forma directa. Sobre más datos de esta sentencia, se puede consultar el resumen hecho por EXNER, Frank-FG, p. 591. Consideran la sentencia correcta: BAUMANN/WEBER, PG, 17 II 2 d; BINDOKAT, JZ 86, p. 424, ya que los arrendadores tenían una posición de garantía; FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 231 s., 236; FRISCH, Verhalten, pp. 374 ss., en profundidad; JESCHECK, PG, 54 IV 1; SCHLÜCHTER, JuS 76, p. 379; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 718. SCHÜNEMANN tiene razón al señalar que no se podría imputar el incendio y sus consecuencias al arrendador si sólo tuviera el deber de evitar que los materiales peligrosos se prendieran por sí mismos; WEGNER, PG, pp. 102 s.; WEHRLE, Regressverbot, p. 109, con más referencias.

En contra, ROXIN, Tröndle-FS, pp. 193 s., 198 y PG, 24/31, no considera la sentencia correcta en tanto en cuanto no existía ningún motivo objetivo concreto para sospechar de un delito doloso de incendio.

v. BAR, Gesetz und Schuld, pp. 221 s., llega a la misma conclusión utilizando también un ejemplo de la jurisprudencia alemana en la que el autor prende fuego a una chaqueta que previamente había sido rociada de gasolina por otros sujetos.

En nuestra Jurisprudencia reciente tenemos un caso similar (S. T. S. de 4 de febrero de 1993 -Pte. Conde Pumpido-). En este caso las consecuencias del incendio -cualquiera que haya sido su origen en palabras del T. S.- son imputadas a varias personas:

a) el constructor del edificio por utilizar materiales para la techumbre que no reunían condiciones mínimas de solidez y de aislamiento al calor y al fuego de acuerdo con los usos de la construcción (materiales cremáticos, cementos armados, etc.) y porque el cierre de la salida superior a un patio impedía o, al menos, entorpecía la función de ventilación que se les asigna a los patios interiores;

b) los responsables de un establecimiento público sito en el edificio que habían utilizado en su local material especialmente combustible que había producido gran cantidad de humos tóxicos.

Recientemente, el T. S. se ha ocupado de un supuesto de hecho muy parecido en la S. de 23 de mayo de 1996 (Pte. de Vega), que se remite en sus fundamentos a la sentencia ya citada de 1993.

348 En la S. T. S. de 17 de julio de 1995 (Pte. Puerta), « caso Alcalá 20 », la defensa utiliza un argumento similar en su recurso de casación. La sentencia argumenta que « llegados a este punto, es menester destacar en primer término que, respecto de la causa del incendio producido en la « Discoteca Alcalá 20 », el día de autos, el Tribunal de instancia dice expresamente que « en definitiva, debe concluirse que no se ha acreditado la causa del incendio. Y que, como acertadamente indicó el Ministerio Fiscal, la causa del incendio es secundaria, y si hubiese sido provocado, ello sólo habría determinado que se sentase una persona más en el banquillo de los acusados, ya que nadie acusa a los procesados por la producción del incendio sino por la total ausencia de medidas de seguridad necesarias para evitar la propagación del incendio y garantizar la salida del público ».

349 FRISCH, Verhalten, pp. 375 ss. Nuestro T. S. ha afirmado en la sentencia ya referida que el que construye un edificio para dedicarlo a vivienda de terceros tiene el deber de « eliminar los riesgos que, en casos excepcionales pero previsibles de incendio o catástrofe, puedan producirse para los ocupantes de aquella estructura deficitaria ».

provocado el incendio, la situación tal y como se desarrolló sólo es explicable a través de dos conductas defectuosas: una la que inicia el incendio y otra la que hace que el incendio sea tan lesivo y se propague rápidamente debido a los materiales que arden (omisión de haber dispuesto un curso causal salvador al que se estaba obligado como eran los materiales o medidas de seguridad preceptivas). Por tanto, el riesgo que permite explicar el resultado puede ser imputado a más de una persona. No existe ninguna duda de que el garante responde por lo que él ha hecho y no por lo que ha hecho un tercero.

En resumen, cuando alguien es autor porque crea un riesgo, la conducta delictiva posterior de terceros sólo tiene influencia para imputar o no resultados³⁵⁰. Si sólo se realiza el riesgo creado posteriormente por el segundo autor no se le podrá imputar el resultado al primero. En cambio, si el riesgo creado por el tercero no se « adelanta » al riesgo creado por el primer autor, habrá que imputar el riesgo sólo o también al primer autor. Por ejemplo, en el supuesto del párrafo anterior los daños producidos por el incendio son imputables a los arrendadores, aunque ese incendio tenga su origen en una acción dolosa de un tercero. El problema variaría en tal supuesto si el segundo autor crea un incendio en el que las medidas de seguridad hubieran sido insuficientes. Por ejemplo, utiliza una bomba incendiaria de tal potencia que invalidaría cualquier propiedad antiincendios del material. En este caso el resultado no tendría nada que ver con la conducta antijurídica del arrendador. Pero este problema de imputación del resultado no tiene ya nada que ver con el origen doloso o accidental del incendio. Más detalles y especificaciones en el Capítulo 4° que versa sobre la imputación objetiva de resultados. Como se puede apreciar, la insistencia en separar la problemática propia de la imputación de riesgos de la de imputación de resultados no es baladí y dicha distinción posibilita solucionar muchos problemas prácticos³⁵¹.

V. El favorecimiento de autolesiones

1. De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, tampoco se puede entender como un hecho subsumible en el tipo de homicidio o lesiones el favorecer o motivar una autolesión. Por ejemplo, dejarle una cuerda de escalada a un amigo para que realice una

³⁵⁰ -----
EXNER, Frank-FG, pp. 574 ss.

³⁵¹ En el mismo sentido, BURGSTALLER, Jescheck-FS, pp. 363 s.; WEHRLE, Regressverbot, pp. 22 s., 63.

Autores tan importantes como OTTO o SCHÜNEMANN (cfr. supra nota 226) no realizan una clara distinción de ambas cuestiones, mezclando problemas que no tienen nada que ver entre sí. Por ejemplo, al tratar la « prohibición de regreso » se tratan problemas como el de la influencia de los fallos médicos en la imputación del tipo, que sólo tienen que ver con la imputación del resultado cuando concurren dos o más riesgos creados por distintos autores y que serán tratados como un problema de imputación objetiva de resultados en el Cap. 4° II.A.

ascensión a una montaña que se sabe que es muy peligrosa es algo absolutamente atípico. Igualmente lo es favorecer cualquier actividad peligrosa (torear, actividades circenses, hacer « puenting », parapente o ala delta, carreras de coches³⁵², rompedores de coches, pruebas de prototipos, etc.), dejar o prestar objetos susceptibles de ser peligrosos para el que los utiliza (motos de alta cilindrada, pistolas, etc.) o, incluso, cualquier tipo de inducción a una autolesión³⁵³³⁵⁴. Una sencilla vista general a nuestro entorno nos muestra

352 Cfr. ROXIN, Gallas-FS, p. 246, NStZ 84, p. 411 y PG, 11/87, con respecto a un caso real: BGHSt 7, pp. 112 ss. (« caso de la carrera »), en el que dos motoristas realizan una apuesta sobre una carrera, en cuyo transcurso muere uno de ellos por razones sólo imputables a sí mismo. En este caso la sentencia fue condenatoria, mereciendo esta resolución tanto las críticas de ROXIN por castigar sin la existencia de un tipo objetivo como de OTTO, JuS 74, p. 710; PUPPE, NK, antes de 13/224; SCHAFFSTEIN, Welzel-FS, p. 572, nota 35; SCHROEDER, LK, 16/181; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 723. Vid. también las consideraciones de REYES, Imputación, p. 182.

353 Ejemplos concretos de la jurisprudencia alemana, con la evolución de los fundamentos ofrecidos por la misma, se pueden encontrar en BINDOKAT, JZ 86, pp. 421 ss.; CRAMER, Schönke/Schröder, 15/155; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 142 ss.; DREHER/TRÖNDLE, StGB, antes de 211/4 ss.; FIEDLER, Fremdgefährdung, pp. 8 ss., con una casuística abundante no sólo de la más alta jurisprudencia, sino también de tribunales inferiores; FRISCH, Verhalten, p. 157, nota 21; GROPP, NStZ 85, passim; KIENAPFEL, JZ 84, p. 752; REYES, Imputación, pp. 174 ss.; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 717; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 8 ss.

Una aplicación concreta de esta problemática con respecto al doping en el ámbito deportivo, ESER, La Ley 90-2, p. 1132; KOHLHAAS, Sport und Recht (coord. por SCHROEDER), pp. 50 ss.; TURNER, MDR 91, pp. 572 s.

Un ejemplo de una inducción a una autolesión se puede encontrar en la sentencia del LG de Munich recogida en JW 1920, p. 922, que narra como el director de una productora le obliga a un actor, en virtud de un contrato, a saltar desde un avión sobre el lago Starnberger a una altura de 40 ó 50 m. El actor muere. DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, p. 208, recoge un caso similar de la Jurisprudencia suiza, alegando que se trata de una autopuesta en peligro irrelevante para el Derecho penal.

Un ejemplo típico de participación en una autolesión es el de la sentencia BGHSt 24, pp. 342 ss. (« caso de la pistola del policía ») en la que la amante de un policía utiliza la pistola de éste para suicidarse. Esta sentencia que asumió las interpretaciones del tipo objetivo realizadas por la doctrina alemana, absuelve al policía y ha sido aplaudida por toda la doctrina: CRAMER, Schönke/Schröder, 15/177; KREY, PE, 1/118, aunque considera que en este caso existe un homicidio por no ser la suicida responsable de lo que hacía, de acuerdo con unos criterios de delimitación de la responsabilidad que, como se verá, no son compartidos en este trabajo; ROXIN, Gallas-FS, pp. 243 s., que destaca como el T. S. alemán ha considerado acertadas posiciones suyas y de GALLAS; el mismo, CPC 89, pp. 761 s.; el mismo, PG, 11/86; RUDOLPHI, SK, antes de 1/79; SCHROEDER, LK, 16/183; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 721; WEBER, Spindel-FS, p. 371, con más referencias; ZACZYK, Selbstverantwortung, pp. 48 s.

En contra de la posición del T. S. alemán y de la doctrina alemana, REYES, Imputación, p. 180, con los siguientes argumentos: « debido a las especiales condiciones psicológicas de la víctima, al acusado le era exigible organizar su comportamiento de manera tal que evitara colocar a su novia en condiciones de causarle daño, para lo cual le hubiera bastado descargar su arma antes de colocarla sobre el tablero del automotor o simplemente haberla mantenido en un sitio diverso, pues para él resultaba especialmente claro que después de la ingestión de alcohol la mujer entraría en un profundo estado depresivo ».

La doctrina más moderna niega que junto a los deberes de evitar que un tercero utilice ciertos objetos o sustancias (armas de fuego, explosivos, venenos, etc.) contra terceros los tipos puros de resultado establezcan también el deber de evitar autolesiones de personas libres y responsables: DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 219 ss.; DONATSCH, SchwZStR 88, pp. 375 s.; ESER, Schönke/Schröder, antes de 211 ss./35; FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 197, 200 s. con más referencias; JAKOBS, PG, 21/114 a; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 356 ss.; RUDOLPHI, Gleichstellungsproblematik, pp. 149 ss.; SCHULTZ, JuS 85, pp. 274 s., negando una responsabilidad por un actuar precedente; STRATENWERTH, PG, nums. margs. 1010, 1012; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 211 ss., también niega la responsabilidad por injerencia mientras la víctima

actúe libre y responsablemente. Sólo se trata de un « reflejo de protección » ya que los deberes de garante frente a estos objetos y sustancias no está pensada para evitar autolesiones o autopuestas en peligro (FREUND, Erfolgsdelikt, p. 201).

En contra, CORCOY, El delito imprudente, pp. 589 s., que considera que el riesgo de que alguien utilice un medicamento para suicidarse es uno de los que la obligación de receta en ciertos supuestos pretende evitar; GOMEZ BENITEZ, PG, pp. 507 s.; PUPPE, NK, antes de 13/172 ss. También en sentido contrario, la S. T. S. de 15 de diciembre de 1977 (Pte. Vivas) considera que facilitar sin receta un barbitúrico altamente tóxico (« Nembutal ») que es utilizado para llevar a cabo un suicidio supone un homicidio imprudente, aunque en la sentencia se condene al autor por un delito contra la salud pública por conllevar una penalidad mayor a la de la imprudencia simple.

Ha tenido gran relevancia en la doctrina alemana la sentencia BGHSt 32, pp. 262 ss. (« caso de la jeringuilla de heroína »), que consideró que facilitar el consumo de drogas es un hecho penalmente irrelevante. La doctrina alemana ha recibido con abundantes comentarios favorables esta sentencia: CRAMER, Schönke/Schröder, 15/155; DACH, NStZ 85, pp. 24 s., pero sólo en sus consecuencias y no en sus fundamentos jurídicos; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 220; DÖLLING, GA 84, pp. 75 ss., en especial p. 80; FRISCH, Verhalten, pp. 1 ss., pero sólo en sus consecuencias y no en sus fundamentos jurídicos; FÜNFSINN, StV 85, pp. 57 s.; OTTO, Jura 84, pp. 536 ss.; OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, p. 650; ROXIN, NStZ 84, pp. 411 s.; el mismo, CPC 89, p. 763; el mismo, PG, 11/89; el mismo, LK, 25/114; RUDOLPHI, SK, antes de 1/79 a; STREE, JuS 85, pp. 180 ss. Vid. también BINDOKAT, JZ 86, p. 423; FRISCH, Tipo, p. 121; HORN, JR 84, pp. 513 s., que critica el concepto de autopuesta en peligro; ROXIN, NStZ 85, p. 320; ZACZYK, Selbstverantwortung, pp. 60 s. Se muestran reitentes frente a esta doctrina, HERZBERG, JA 85, pp. 265, 269 ss.; PUPPE, NK, antes de 13/172 ss., 227; WEBER, Baumann-FS, p. 46; el mismo, Spindel-FS, pp. 372 ss. Las dudas en la doctrina mayoritaria sólo surgen con respecto a la posibilidad de que alguien que padece un síndrome de abstinencia sea todavía una persona responsable (vid. por todos, ZACZYK, Selbstverantwortung, p. 60, con más referencias). En nuestra Jurisprudencia se puede consultar la S. T. S. de 20 de febrero de 1993 (Pte. Conde-Pumpido), de la que parece derivarse también la impunidad general de este tipo de conductas.

Antes de esta sentencia la jurisprudencia alemana había afirmado que favorecer el consumo de drogas por parte de personas responsables suponía un riesgo típico de homicidio o lesiones (vid. las sentencias del T. S. alemán recogidas en los siguientes lugares: MDR 80, p. 985; NStZ 81, p. 350 con comentario crítico de SCHÜNEMANN; NStZ 82, pp. 60 ss.; JR 82, p. 341; NStZ 83, p. 72 y las siguientes sentencias de otros Tribunales: BayObLG recogida en StV 82, p. 73 y OLG Celle recogida en MDR 80, p. 74). La sentencia BGHSt 32, pp. 262 ss. se ocupaba de un caso en el que no se entregaba droga sino sólo una jeringuilla. En sentencias posteriores, la jurisprudencia alemana considera que incluso la entrega de drogas sólo es relevante para tipos contra la salud pública pero no contra bienes jurídicos individuales (vid. las siguientes sentencias recogidas en NStZ 84, p. 452 (« primer caso de la entrega de heroína »), con comentarios de FÜNFSINN, StV 85, pp. 57 s. y STREE, JuS 85, pp. 179 ss., con los que se han mostrado de acuerdo JAKOBS, PG, 29/113 y OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, p. 651 y Jura 91, p. 443; NStZ 85, pp. 25 s. (« caso del té de estramonio »); NStZ 85, pp. 319 s. (« segundo caso de la entrega de heroína »), con comentario de ROXIN, NStZ 85, pp. 320 s. (con el que ha mostrado su acuerdo JAKOBS, PG, 29/nota 113), señalando ROXIN, frente a los fundamentos jurídicos de la sentencia, que se trata de una cuestión relacionada con el tipo objetivo y no con la « imprudencia » y advirtiendo también de los peligros que puede tener el recurso a la comisión por omisión para afirmar la existencia de un tipo puro de resultado; BGHSt 37, pp. 179 ss., con comentarios de BEULKE/SCHRÖDER, NStZ 91, pp. 393 ss., BERND-RÜDEGER, JA 91, p. 279, HASSEMER, JuS 91, p. 515, OTTO, Jura 91, pp. 443 s. y RUDOLPHI, JZ 91, pp. 572 ss., sentencia que considera que los peligros para bienes jurídicos individuales pueden tener efecto a la hora de determinar la pena en los delitos de tráfico de drogas; y también las sentencias OLG Stuttgart MDR 85, p. 162 y BayObLG NStZ 90, p. 81).

En este cambio doctrinal han jugado un papel relevante las críticas de la doctrina alemana (SCHÜNEMANN, NStZ 82, pp. 60 ss.) a la jurisprudencia por basar la imputación sólo en la « previsibilidad de la producción del resultado ». Cfr. DÖLLING, GA 84, pp. 72 s.; FRISCH, NStZ 92, pp. 1 s.; HERZBERG, JA 85, p. 269; ROXIN, PG, 11/89; el mismo, LK, 25/114; el mismo, Chengchi Law Review, pp. 224 s. Esta antigua posición de la Jurisprudencia alemana es expresamente rechazada en los fundamentos jurídicos de la sentencia BGHSt 32, pp. 262 ss., ya que fue la utilizada por la sentencia recurrida. En esta sentencia, que ya hemos señalada como decisiva para el estado de la cuestión en Alemania, se supera esa antigua Jurisprudencia. Con razón se ha afirmado que estos casos sólo son punibles como atentados contra la salud pública pero no como atentados contra la vida o salud del consumidor de drogas.

que la vida cotidiana está repleta de ejemplos de favorecimientos de autopuestas en

Ya anteriormente HIRSCH, JR 79, pp. 429 ss., había criticado la sentencia recogida en JR 79, p. 429, en la que se condenaba a un médico porque dos pacientes suyos se habían inyectado por vía intravenosa una sobredosis de unas drogas que le habían sido recetadas por razones terapéuticas con pleno conocimiento del peligro que corrían y en contra de las indicaciones del médico. JAKOBS, PG, 29/nota 141 apoya la crítica de HIRSCH.

Aunque la « teoría tradicional de la imputación objetiva » ha jugado en Alemania un importante papel práctico con respecto a esta constelación de casos, una vez más hay que insistir en su principal defecto teórico: la problemática del favorecimiento o motivación de autolesiones y autopuestas en peligro es un problema ya de la imputación del riesgo creado por la persona dañada o puesta en peligro y no una cuestión de la imputación del resultado (como afirman, por el contrario, BEULKE/MAYER, JuS 87, p. 126; BEULKE/SCHRÖDER, NSTZ 91, p. 393; BURGSTALLER, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 121 s., nota 128; KIENAPFEL, JZ 84, p. 752; ROXIN, Gallas-FS, pp. 243 ss.; el mismo, NSTZ 84, p. 411, que llega a afirmar que se realiza en el resultado un peligro no permitido; el mismo, CPC 89, pp. 761 ss.; el mismo, 11/86 ss.; RUDOLPHI, *Gleichstellungsproblematik*, pp. 138, 147, 149 ss.; el mismo, JuS 69, pp. 556 s.; el mismo, SK, antes de 1/79 ss.; el mismo, JZ 91, p. 573; SCHÜNEMANN, JA 75, pp. 720 ss.; el mismo, NSTZ 82, pp. 61 s.). Consideran también que esta problemática ha de solucionarse antes de llegar a la imputación del resultado, FRISCH, *Verhalten*, pp. 7 s.; el mismo, NSTZ 92, pp. 4 s.; el mismo, *Tipo*, pp. 126 ss.; LUZON PEÑA, *Derecho Penal de la Circulación*, pp. 97 ss.; PUPPE, NK, antes de 13/164; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 110 s.; SILVA, ADP 87, p. 469, nota 76.

354 En la Jurisprudencia de nuestro T. S. existen supuestos en los que nunca se ha acudido al criterio de la autolesión o autopuesta en peligro, pero que mediante este criterio hubieran recibido soluciones más satisfactorias. Un buen ejemplo lo tenemos en la S. T. S. de 27 de enero de 1984 (Pte. Latour), en la que el T. S. imputa dos resultados acudiendo al *topos* de la causalidad eficiente y adecuada. En esta sentencia un conductor de una furgoneta atropella de forma indudablemente imprudente a un peatón al invadir un lugar peatonal causándole la muerte. Una de las personas que acompañaban al atropellado, espantada por lo ocurrido y viendo el cuerpo tendido de la víctima sale corriendo presa del pánico para llamar a la esposa del atropellado que se encontraba próxima al accidente, precipitándose bajo las ruedas de otro vehículo que la atropelló sin que el conductor pudiera hacer nada por evitarlo. La sentencia da por probado que la ciega carrera de la segunda víctima que sufrió lesiones de cierta gravedad vino motivada por la inicial acción temeraria que provocó el estado anímico de terror y espanto, que fue el factor causante de que la segunda víctima no adoptase precauciones en su loco afán de alejarse del lugar donde a punto estuvo de perder la vida y de avisar a su amiga del trágico fin de su esposo. LUZON PEÑA, *Derecho Penal de la Circulación*, pp. 97 ss., define este caso, correctamente, a mi entender, como un supuesto de autolesión imprudente o autopuesta en peligro que desemboca en lesiones. Este autor señala como el primer conductor que motiva la alocada carrera « se ha limitado a favorecer casualmente (provocar) con su acción imprudente de invadir el arcén la realización también imprudente de las (auto) lesiones por la propia víctima ». Sin embargo, no estoy de acuerdo en que la provocación de autolesiones imprudentes sea a su vez imprudente, por el mero hecho de que pueda ser « previsible ». De todas maneras, tiene razón LUZON al señalar que sólo se puede imputar el resultado mediante el recurso a la autoría mediata utilizando a la propia víctima como instrumento. Donde ya no estoy de acuerdo con LUZON es en su afirmación de que el conductor imprudente es autor de la muerte y autor mediato de las lesiones por no existir una decisión libre y responsable. Sobre los límites de la imputación mediante el recurso a la autoría mediata vid. infra V.A. En esas páginas se exponen las razones que me llevan a afirmar que este supuesto no es más que una motivación a una autopuesta en peligro, y por tanto se trata de un hecho impune. En mi opinión, en el relato fáctico de la sentencia no queda suficientemente demostrada la situación de « inimputabilidad » de la segunda víctima, aunque su estado de perturbación, espanto o pánico resulte perfectamente comprensible. No se puede hacer responder a alguien de un hecho que no resulta suficientemente probado.

CORCOY, *El delito imprudente*, pp. 539 s., comparte la fundamentación de LUZON aunque no el resultado al que llega; SILVA, ADP 87, p. 469, nota 76, abandona su argumentación anterior basada en criterios de imputación objetiva del resultado expuesta en La Ley 84, pp. 1045 s. (niega la imputación del resultado por falta de « relación de adecuación » y por no encontrarse abarcado el resultado por el « fin de protección de la norma » por no ser un daño directo, sino secundario), sumándose a la fundamentación de LUZON, aunque, al igual que aquí, tampoco comparte el resultado al que llega LUZON debido, entre otras razones, a que no considera « que la mujer víctima del atropello fuera inimputable, ni nada parecido, puesto que de la redacción de los hechos se desprende mucho menos el trastorno que la precipitación por comunicar la noticia ».

peligro que nosotros aprovechamos para entretenernos en nuestro tiempo libre: piénsese sólo en unas olimpiadas o en los programas de televisión que han proliferado en los últimos tiempos en los que los concursantes realizan pruebas peligrosas. En supuestos de rallyes o carreras de vehículos de motor no sólo se autoponen en peligro los corredores, sino también los organizadores, los periodistas o los espectadores.

2. Evidentemente, el legislador puede desvalorar ciertos favorecimientos de autolesiones y efectivamente lo hace. Pero ello sólo nos demuestra que hace falta una tipificación especial, ya que de lo contrario dichas modalidades de conducta serían impunes: no adquieren el significado objetivo de matar o lesionar a otro. En general, los principios de autonomía y autorresponsabilidad hacen que el Estado no se tenga que preocupar de cómo organiza cada individuo sus propios asuntos ni de que los particulares tengan que ser más cuidadosos con los bienes de otra persona que su propio titular³⁵⁵. En

³⁵⁵ Sobre estos principios: DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 13; DÖLLING, GA 84, p. 77, reivindicando la validez de la « teoría tradicional de la prohibición de regreso » cuando se favorece una autolesión o autopuesta en peligro; DREHER/TRÖNDLE, StGB, antes de 211/4; ESER, Schönke/Schröder, antes de 211 ss./35; FRISCH, Verhalten, pp. 157 s., 182; GÖBBEL, Einwilligung, p. 99; HOHMANN/KÖNIG, NStZ 89, p. 308 y passim; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13 ss./101 a; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, p. 355, que entiende el principio de autonomía como un principio implícitamente consagrado en el ordenamiento penal; M. K. MEYER, Ausschluß der Autonomie, pp. 150 s.; NEUMANN, JuS 85, p. 679; el mismo, JA 87, pp. 248 ss., 256, resaltando que el titular de los bienes jurídicos tiene una « incumbencia primaria » para el mantenimiento de éstos; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 110 s.; SCHÜNEMANN, NStZ 82, p. 62; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 78 ss., 126; ZACZYK, Selbstverantwortung, pp. 25 ss.

Como han señalado FRISCH, KÖHLER, ZStW 104, pp. 18 s., ROXIN, PG, 13/58 y SOWADA, Jura 85, p. 85, con nota 102, la (ir)responsabilidad o falta de libertad no se debe confundir con la (ir)racionalidad. Muchas personas pueden considerar ciertos deportes como la escalada o el boxeo como algo « irracional ». Un ejemplo muy claro lo tenemos en la atipicidad del consumo de ciertas drogas, que aunque se considere en general y por parte del ordenamiento como algo « irracional », no es un hecho antijurídico en virtud del respeto a la libertad individual mientras no afecte a intereses ajenos (individuales o colectivos).

Sobre el principio de autorresponsabilidad como principio jurídico, en profundidad, KÖHLER, ZStW 104, pp. 15 ss.; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 79 ss., desde una perspectiva constitucional; ZACZYK, Selbstverantwortung, pp. 18 ss.

Es preciso criticar aquí las denominadas « consideraciones victimodogmáticas » o « principio victimodogmático » o « perspectiva victimodogmática » (FIEDLER, Fremdgefährdung, pp. 1 ss., 122 s., 145 ss.; R. HASSEMER, Schutzbedürftigkeit, pp. 17 ss.; SCHÜNEMANN, ZStW 90, pp. 32, 54 ss.; el mismo, Bockelmann-FS, pp. 130 s.; el mismo, Unternehmenskriminalität, p. 198, como principio a tener en cuenta de *lege ferenda*; el mismo, NStZ 82, p. 62, con más referencias; el mismo, Faller-FS, pp. 361 ss.; el mismo, NStZ 86, pp. 195, 439 ss., entablando una polémica con HILLENKAMP; el mismo, Schmitt-FS, pp. 128 s., respondiendo a más críticas -ESER, LENCKNER-) que, intentando limitar la imputación jurídico-penal han acabado matando moscas a cañonazos: estos autores consideran que donde el portador de bienes jurídicos puede protegerse a sí mismo con sus propias fuerzas y sin ayuda de la protección del Derecho penal, no puede ni debe intervenir éste. SCHÜNEMANN, SIDA, p. 43 y Probleme des AIDS-Komplexes, pp. 112 s., considera que la « llamada victimodogmática jurídico-penal conceptualiza la corresponsabilidad de la víctima y hace depender una interpretación restrictiva del tipo, limitadora de la punibilidad, de la falta de merecimiento y necesidad de protección de la víctima ». Este principio tiene un mero origen fáctico (muy relacionado con una ciencia empírica como la criminología) y no puramente normativo o valorativo como el principio jurídico general de autorresponsabilidad. Los defensores de esta posición, más que plantear la inexistencia de un injusto, intentan plantear la

innecesaria de definir ese injusto como penal. Referencias sobre la discusión en la doctrina alemana se puede encontrar en FRISCH, Verhalten, pp. 142 ss. Un precedente de esta posición en el ámbito del delito imprudente se puede encontrar en P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 116 ss. La crítica es necesaria, aunque sea evidente que nadie ha querido anular mediante estos principios la protección de bienes como la vida y la salud frente a hechos dolosos, sino otro tipo de bienes como los derechos patrimoniales o la intimidad. Pero estos principios pueden tener una gran influencia en el ámbito del delito imprudente. Además, la crítica se hace necesaria por una razón fundamental: la aplicación consecuente de estos principios victimodogmáticos plantea una nueva visión del papel del Derecho penal en la sociedad actual, se va más allá de una interpretación del Derecho positivo.

El dato fáctico de que la víctima se pueda proteger no debe conllevar sin más la ilegitimidad de la intervención penal cuando existen otros medios para que la víctima se pueda proteger (vid. por todos, SCHÜNEMANN, Faller-FS, pp. 371 s.). Siempre se puede no salir a la calle de noche, andar con chaleco antibalas, contratar un guardaespaldas, tener alarmas en todos lados, aparcarse siempre el coche en un garaje vigilado, etc. O en muchos casos puede ser previsible una mayor probabilidad de ser víctima de un delito (acudir a un campo de fútbol, pasear por un parque en el que no hay mucha gente, etc.). Las consideraciones victimológicas llevadas a sus últimas consecuencias y a todo tipo de delitos, aunque ello no sea la intención de los autores que las defienden, conllevan el fracaso de la función del Derecho penal, su renuncia como Derecho público y la transformación indeseable de nuestra sociedad en una sociedad de la desconfianza. Incluso contradicen la delegación del monopolio de la fuerza y la violencia en el Estado. Una función fundamental de un Estado moderno y del Derecho consiste en descargar al particular de una permanente preocupación por evitar que terceros lesionen sus bienes jurídicos y conseguir que los individuos puedan dedicar sus esfuerzos a otros asuntos en vez de a su protección, idea que ya se desarrolló en el Cap. 2º. Es la ley la que establece los límites de protección y la que dice quien es autor o víctima de un delito (HASSEMER, Klug-FS, p. 224; ROXIN, Política criminal, pp. 68 s.). El Derecho configura la realidad. Ya he desarrollado en el Cap. 2º la idea de la naturaleza contrafáctica del Derecho. Lo decisivo es, pues, la estabilización por parte del ordenamiento jurídico de ciertas reglas esenciales de convivencia. Sólo los tipos penales indican hasta dónde puede uno rechazar ciertas posibilidades o no. Que la víctima se pueda proteger es un dato fáctico que no alcanza a la valoración jurídico-penal de las conductas. Al igual que sucede con el desvalor de las conductas de los autores, la mera posibilidad fáctica de proteger más el bien jurídico afectado no significa que la víctima ha actuado « imprudentemente ». Y los datos fácticos no pueden solucionar esta cuestión puramente valorativa sobre el alcance de ciertos tipos penales. El Derecho penal como rama del Derecho público estabiliza una serie de normas que tienen una validez general y la mera constatación fáctica de la posibilidad de una mayor protección no puede « derogar » la vigencia de esa norma. Además, la exigencia constitucional de utilizar la pena sólo cuando sea necesaria, se refiere a los diversos medios de intervención que tiene el Estado para cumplir sus funciones, pero no a la delegación de dichas funciones en manos de particulares. Como han señalado FRISCH, Verhalten, pp. 143 s., JAKOBS, PG, 2/27 s., MAIWALD, ZStW 96, pp. 71 s. y ROXIN, Política criminal, pp. 68 s., aquí no nos ocupamos de la concurrencia de diversos medios a utilizar por parte del Estado como órgano incumbente de combatir ciertos riesgos, sino de quién es el incumbente para proteger ciertos bienes jurídicos (el Estado o la víctima) y sobre ello el principio de subsidiariedad no nos puede decir mucho. En sentido crítico también con esta peligrosa línea doctrinal, DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 132 ss.; DÖLLING, GA 84, p. 82, con nota 84, que se suma a las críticas de HILLENKAMP y señala como un simple descuido de la víctima no convierte a su vida en no merecedora de protección penal y deja las manos libres a terceros para matar; FRISCH, Verhalten, pp. 142 ss., 164 s., con más referencias; GÜNTHER, Strafrechtswidrigkeit, p. 194; KRATZSCH, Verhaltenssteuerung, pp. 360 ss.; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/70 b; MAIWALD, ZStW 96, pp. 71 ss.; PUPPE, NK, antes de 13/177; ROXIN, PG, 14/15 ss., que se suma también a las críticas de HILLENKAMP; el mismo, Política criminal, pp. 68 ss.; SILVA, L-H Beristain, p. 641; ZACZYK, Selbstverantwortung, pp. 10 ss., centrándose en la obra de FIEDLER. Responden a las críticas de HILLENKAMP, AMELUNG, GA 84, pp. 581 ss. y SCHÜNEMANN, Faller-FS, pp. 364 ss. y NStZ 86, pp. 441 s. ARZT, MonSchrKrim 84, *passim* limita el alcance de estas « consideraciones victimodogmáticas » y señala como las preocupaciones de los diversos autores que han desarrollado esta perspectiva no suponen nada nuevo para la teoría jurídica del delito y el estudio de la parte especial.

En mi opinión, los autores que han defendido este « principio victimodogmático » que como dato fáctico se ha mezclado con el « principio de autorresponsabilidad » que, por el contrario, es un principio de naturaleza puramente normativa, no querían presentar una excepción tan radical para la imputación. Ello demuestra que estas « consideraciones victimodogmáticas » no son más que un « principio metódico de caucho » para llegar a soluciones previamente decididas, que no aportan nada a la solución de los problemas, y que no son más que una fórmula extremadamente peligrosa que puede permitir a los jueces

un Estado legítimo de libertades se ha de partir siempre del principio de que cada uno responde de lo que hace y de sus propias decisiones, mientras no haya especiales motivos

su utilización como válvula de escape sin necesidad de mayores fundamentaciones. Las conclusiones a las que se quiere llegar mediante esta peligrosa fórmula a la que hasta hoy en día han hecho caso omiso los legisladores (el art. 114 C. P., sólo se refiere a la responsabilidad civil), se pueden conseguir igual mediante una interpretación teleológica de los diversos tipos penales (cfr. ARZT, GA 82, p. 522 y MonSchrKrim 84, pp. 107 ss.; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13/70 b; ROXIN, Política criminal, pp. 65 ss.; SCHÜNEMANN, Faller-FS, pp. 361 ss. y NStZ 86, p. 439, ha acabado reconociéndolo), como demuestra la distinción que realizan algunos de estos autores entre « delitos de relación » y « delitos de intervención » (cfr. HASSEMER, Schutzbedürftigkeit, 54 ss., 63 ss., 97 s.; SCHÜNEMANN, Faller-FS, p. 370 y NStZ 86, p. 440; SILVA, L-H Beristain, p. 639) u otros tipos de distinciones similares (KRATSCH, Verhaltenssteuerung, pp. 360 ss. y Oehler-FS, pp. 71 ss.). Los denominados « delitos de relación » previamente por la criminología y posteriormente por un reducido sector de la dogmática, no son más que tipificaciones expresas de supuestos de autoría mediata (estafa, amenazas condicionales, etc.) o supuestos en los que hay que delimitar los límites de la autoría mediata (contagio de enfermedades a través de contactos sexuales). Pero los límites buscados hasta ahora para reducir la relevancia de esta idea como que sólo cobran relevancia las « posibilidades de protección fácilmente realizables » o que « sin más son exigibles a la víctima » carecen de la concreción, determinación y normatividad suficientes para que las « consideraciones victimodogmáticas » supongan una línea a seguir (en el mismo sentido, DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 108; FRISCH, Verhalten, p. 143, con más referencias) y deje de considerarse una fórmula sin contenido. Como ha señalado FRISCH, Verhalten, p. 144, nota 177, los partidarios de la victimodogmática, que hasta ahora sólo han limitado su punto de partida de forma poco clara, se han ido distanciando de una remisión extrema a la idea de las posibilidades de autoprotección (como, por ejemplo, SCHÜNEMANN, Faller-FS, pp. 369 s. y NStZ 86, p. 442). Además, el principio de subsidiariedad es un principio orientador general que ayuda a controlar la legitimidad de los tipos penales, pero no puede servir de medida precisa para determinar si el conflicto es incumbencia de la víctima o de un tercero (DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 134 ss.). En realidad, se ha pretendido crear, a partir de problemas particulares de determinados tipos como la determinación del elemento del engaño en el tipo de estafa o los límites de las amenazas o de los tipos de descubrimiento y revelación de secretos una teoría general, que llevada a sus últimas consecuencias y a todos los tipos es rechazada incluso por sus propios defensores. Por ejemplo, SCHÜNEMANN, SIDA, p. 44 y Probleme des AIDS-Komplexes, pp. 112 s., considera que con respecto al homicidio y sus formas no juega ningún papel la victimodogmática debido a la existencia del § 216 que hace que ni siquiera la solicitud de ser matado excluya el merecimiento de protección. Todo esto nos demuestra que lo que se encuentra detrás del estado actual de la victimodogmática es la idea que preside el desarrollo de este capítulo, la búsqueda del ámbito de protección de los diversos tipos penales, en la que se tienen en cuenta más datos que el bien jurídico a proteger (cfr. ROXIN, Política criminal, pp. 65 ss.; SCHÜNEMANN, Faller-FS, pp. 357 ss., 369 s., NStZ 86, p. 439 y Schmitt-FS, pp. 127 ss.). Así, por ejemplo, afirma ROXIN, Política criminal, p. 67, que « de este modo numerosos tipos permiten una interpretación restrictiva con la ayuda del principio victimológico y aún pasando por alto el tenor literal trazar una reducción teleológica »

Asimismo debe rechazarse la identificación del principio de autorresponsabilidad como un reflejo del principio de autonomía y dignidad con un « deber de autoprotección », entendido como una posición de garante frente a uno mismo (vid. por todos, las referencias que hacen a esos « deberes de autoprotección » ARZT, MonSchrKrim 84, pp. 112 s.; EBERT, JZ 83, p. 636, basándose en ciertas tesis de SCHMIDHÄUSER con respecto al suicidio; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 119 ss.; R. HASSEMER, Schutzbedürftigkeit, pp. 34 ss.; JAKOBS, Imputación, p. 110; REYES, Imputación, pp. 291 ss., considerando que la infracción de ciertas normas administrativas de autoprotección como la obligación de utilizar cinturones de seguridad o cascos excluye la imputación porque se realiza el riesgo jurídicamente desaprobado creado por la víctima y no el creado por el tercero), ya que esos deberes no existen en nuestro sistema constitucional de libertades. El principio de autorresponsabilidad sirve para desgravar a terceros no lesionados pero no para crear deberes que ni existen en nuestro ordenamiento jurídico ni son compatibles con el mismo. Los bienes jurídicos individuales son derechos reconocidos a los ciudadanos por nuestro ordenamiento, pero no conllevan la formación de deberes de éstos para el mantenimiento de los bienes jurídicos de los que son titulares. No existe un fundamento dogmático nítido de estos « deberes de autoprotección » (cfr. DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 234).

para una « sobreprotección »³⁵⁶. En este ámbito es donde se muestra con más fuerza la necesidad de superar la comprensión de los tipos desde una perspectiva puramente causal y de tener en cuenta otros criterios en el marco de una interpretación teleológica. Sólo cuando concurren ciertas razones de peso, puede el legislador « sobreproteger » ciertos bienes jurídicos especialmente importantes y cuya pérdida resulta irremediable frente a ataques especialmente significativos³⁵⁷. Incluso en los supuestos en los que alguien atenta contra su propia vida, hay una serie de modalidades de conducta que, evidentemente no son homicidios, pero tampoco se pueden subsumir en el art. 143 C. P.: la complicidad en el suicidio³⁵⁸ (el mero suministrar el medio del suicidio -arma de fuego, veneno, etc.-, facilitar el lugar para suicidarse o cualquier otra contribución puntual), la inducción a y cooperación con autolesiones que no se pueden calificar como suicidios sin infringir el tenor literal del término y, por tanto, el principio de legalidad³⁵⁹, las inducciones y cooperaciones realizadas de forma imprudente por parte del tercero³⁶⁰.

3. La imposibilidad de subsumir en el tipo de homicidio o lesiones el favorecimiento o motivación de autolesiones es más obvia que en los supuestos en los se favorece o motiva la comisión de un delito por parte de un tercero: ayudar a matarse o lesionarse a sí mismo no está contemplado en ningún precepto penal, salvo los supuestos

³⁵⁶ Sobre los problemas de legitimidad de ciertas leyes paternalistas y los paternalismos éticamente justificables, GARZON, Doha nº 5, pp. 169 ss., y passim, 216; NINO, Límites, pp. 290 ss.

³⁵⁷ BERDUGO, El delito de lesiones, pp. 71 s., con respecto a la regulación del consentimiento en las lesiones; DIEZ RIPOLLES, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 210; HERZBERG, JA 85, pp. 135 s., 177, 344, ha reseñado que el principio de autorresponsabilidad no impide que el legislador por diversas razones considere típicas ciertas modalidades de conducta aunque preexista una decisión o consentimiento libre y consciente de la víctima; JUANATEY, Suicidio, pp. 374, 401. El principio de autorresponsabilidad nos ayuda a modelar los límites de la intervención penal, pero el Derecho positivo es el que nos marca los límites posibles (en el mismo sentido, FRISCH, Tipo, p. 145; HERZBERG, JA 85, p. 343).

³⁵⁸ JUANATEY, PJ nº 28, p. 115.

Una mayor restricción del auxilio al suicidio ya había sido propugnada por GLEZ. RUS, PE I, pp. 94 s.; QUERALT, PE, p. 15; DEL ROSAL, ADP 87, pp. 89 s., con más referencias a favor y en contra de su posición, de acuerdo con una interpretación constitucional del art. 409 del anterior C. P., a pesar de la amplitud con la que se encontraba formulado. El nuevo C. P. ya contempla de forma expresa esta restricción del auxilio al suicidio penalmente relevante.

Sobre el mayor ámbito de desvalor del antiguo art. 409, JUANATEY, Suicidio, pp. 108 ss., con abundantes referencias.

³⁵⁹ Vid. infra V.B.4.

³⁶⁰ JUANATEY, PJ nº 28, p. 114.

La doctrina española ya afirmaba la imposibilidad de realizar el antiguo art. 409 C. P. de forma no dolosa, a pesar de existir un sistema de incriminación abierta en el antiguo C. P. (BACIGALUPO, Estudios, p. 61; BAJO, PE, p. 80; COBO/CARBONELL, RFDUG nº 12, p. 73; DIEZ RIPOLLES, CPC 86, p. 632; el mismo, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, pp. 227, 236, 239, con más referencias; JUANATEY, Suicidio, pp. 111, 114, con abundantes referencias; SILVA, ADP 87, p. 468, con más referencias).

especialmente contemplados en la parte especial³⁶¹. Los tipos del Título I y III del Libro II exigen que el autor sea alguien distinto a la víctima (matar a otro, causar a otro una lesión). Nos encontramos ante un problema de determinación del alcance del tipo que no tiene nada que ver con la teoría de la autoría y participación. No es necesario acudir a las reglas de participación porque no hay un hecho típico, pero tampoco se puede utilizar esta « laguna » de punición para criticar ciertas teorías de la autoría y participación. Lo que sucede es que la posición que se mantiene sobre la participación delictiva tiene mucho que ver con la visión que se mantenga de la tipicidad y del injusto. La cuestión que tratamos aquí no es si se imputa un hecho típico a varias personas (entre ellas la víctima), sino si más allá de criterios casuales³⁶², el hecho de que la víctima haya participado en el hecho de alguna manera tiene como consecuencia que se le niegue a ese hecho relevancia típica. En este ámbito no existen reglas complementarias de imputación, como sucede con los arts. 27 ss. C. P., sino simplemente tipos especiales que complementan la protección de los tipos puros de resultado. En este trabajo sólo nos interesa el alcance de los tipos puros de resultado (homicidio, lesiones y daños) y a esta cuestión me voy a ceñir. A pesar de lo dicho, es preciso tener en cuenta los principios que orientan la imputación de delitos para que el tratamiento de la imputación de autolesiones no suponga una ruptura con respecto a

³⁶¹ Cfr. BACIGALUPO, Estudios, pp. 19 ss.; SILVA, ADP 87, p. 462 y SS. T. S. de 15 de diciembre de 1977 (Pte. Vivas), con respecto al suicidio y 20 de febrero de 1993 (Pte. Conde-Pumpido): « la finalidad de la norma que tutela el bien jurídico de la integridad física y de la vida lo hace frente a los riesgos que provengan de la conducta de otro y no frente a las autolesiones y la propia muerte [...] en cuanto estas últimas sean voluntarias o imprudentes ».

En el mismo sentido del texto, en la doctrina en lengua alemana, BEULKE/SCHRÖDER, NSZ 91, p. 395; BOTTKE, GA 83, p. 26, DREHER/TRÖNDLE, StGB, antes de 211/4; EBERT, JZ 83, p. 636; ESER, Schönke/Schröder, antes de 211 ss./33; HERZBERG, JA 85, pp. 132 ss., 344, contra las tesis contrarias de BRINGEWAT, SCHILLING y SCHMIDHÄUSER, incompatibles con el tenor literal posible de los tipos y que por esas y otras razones han sido absolutamente rechazadas por la doctrina alemana (cfr. BOTTKE, GA 83, pp. 26 ss.; CHARALAMBAKIS, GA 86, pp. 487 ss.; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 42 ss.; DÖLLING, GA 84, p. 76; ESER, Schönke/Schröder, antes de 211 ss./33; GÖBBEL, Einwilligung, pp. 32 s.; HOHMANN/KÖNIG, NSZ 89, pp. 306 s.; JAKOBS, PG, 21/58; KREY, PE, 1/97 ss.; NEUMANN, JuS 85, p. 678; ROXIN, Dreher-FS, pp. 335 ss.; el mismo, NSZ 84, p. 71, de forma resumida; TORIO, Estudios IV, pp. 174 s.; WESSELS, PE, 1 IV 1); HORN, SK, 212/7; KREY, PE, 1/96; M. K. MEYER, Ausschluß der Autonomie, pp. 147 s.; NEUMANN, JuS 85, p. 678; SOWADA, Jura 85, p. 77, con más referencias; STRATENWERTH, PE, 1/55; WELZEL, PG, pp. 280 s.; WESSELS, PE, 1 IV 1.

Vid. los fundamentos jurídicos de la sentencia BGHSt 32, pp. 262 ss. (especialmente pp. 263 s.).

Curiosamente el texto del párrafo que desvalora el homicidio en el C. P. alemán no es tan explícito como en nuestro C. P., ya que establece que realiza un homicidio el que matare a un ser humano, sin hacer referencia a que ese ser humano tiene que ser alguien distinto al autor.

Con respecto a los tipos de lesiones en Derecho penal español: BAJO, PE, pp. 145, 169; CARBONELL/GLEZ. CUSSAC, PE, p. 591; DIAZ, Autoría, pp. 182, 242; LUZON PEÑA, Estudios, p. 189; el mismo, SIDA, p. 15; MIR PUIG, PG, p. 562; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 355 s.

Con respecto a los supuestos de inducción y cooperación con una autopuesta en peligro, aunque se ponga en peligro la vida: LUZON PEÑA, SIDA, p. 15; LUZON PEÑA, PG, pp. 507 s.; MIR PUIG, PG, p. 563; MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 356 ss.

³⁶² Cfr. KÖHLER, ZStW 104, pp. 22 s.

las reglas generales de imputación contempladas en la parte general del C. P. Así, por ejemplo, si se considera que el C. P. no sigue unos criterios psicologicistas o subjetivistas para imputar un delito a título de autor o partícipe, sería absurdo considerar que el favorecimiento o motivación de una autolesión se puede calificar como un tipo puro de resultado sólo de acuerdo con criterios psicologicistas o subjetivistas. La problemática que ahora nos ocupa no puede ser una excepción a los principios generales de imputación de nuestro ordenamiento punitivo.

V.A. La cuasi autoría mediata (instrumento que no realiza el tipo objetivo)

1. Al igual que en el supuesto anterior de favorecimientos y motivaciones de delitos, existen casos que fenomenológicamente se pueden entender como favorecimientos o motivaciones de autolesiones pero que deben ser reconducidos a los tipos de homicidio o lesiones mediante la imputación al « hombre de atrás » de lo que el « instrumento » emprenda contra sí mismo (imputación del riesgo creado por la propia víctima al « hombre de atrás »)³⁶³. Se trata de supuestos en los que el que mata o lesiona es el « hombre de atrás », aunque fenomenológicamente el « instrumento » sea el que al final se haya autolesionado a autopuesto en peligro. No siempre que entre la actuación de alguien y el resultado interviene la persona perjudicada podemos negar la imputación del riesgo. Existe también realización de un tipo mediante intervención de la víctima cuando a ésta no se le puede imputar el hecho. Dentro del recurso a la autoría mediata como metáfora para explicar la imputación del delito al « hombre de atrás » se suele hablar en estos casos de autoría mediata en la que el instrumento no realiza un tipo penal³⁶⁴. Si la impunidad de la participación en una autolesión sólo tiene explicación a partir del principio de autorresponsabilidad y no con una visión del Derecho penal como protector de bienes jurídicos a cualquier precio, un defecto absoluto de responsabilidad del lesionado cuando ese déficit es imputable a un tercero debe cobrar relevancia jurídico-

³⁶³ BACIGALUPO, Estudios, p. 57, aunque en p. 61 señala que « la figura de una « autoría mediata imprudente » en la que el supuesto « instrumento » obra con dolo y plena responsabilidad es, en verdad, impensable »; BAJÓ, PE, p. 78; DIEZ RIPOLLES, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 213; DÖLLING, GA 84, p. 76; ESER, Schönke/Schröder, antes de 211 ss./37; HERZBERG, ZStW 99, p. 68; JAKOBS, PG, 21/114 a; JUANATEY, Suicidio, p. 142; KÖHLER, ZStW 104, pp. 19, 23 ss.; KREY, PE, 1/101, lo considera doctrina absolutamente mayoritaria en Alemania; LUZÓN, Derecho Penal de la Circulación, p. 99; MAURACH/SCHRODER/MAIWALD, PE, 1/20; MEIER, GA 89, pp. 220 s.; MUÑOZ CONDE, ADP 87, passim; OTTO, Jura 87, p. 256; DEL ROSAL, ADP 88, nota 69; ROXIN, Täterschaft, pp. 225 ss.; SCHMIDHÄUSER, Studienbuch, 10/86; SILVA, ADP 87, pp. 468 s.; WELZEL, PG, p. 281.

³⁶⁴ JESCHECK, PG, 62 II 1; ROXIN, Täterschaft, p. 225; STRATENWERTH, PG, nº marg. 774. En contra de esta posibilidad, MEZGER, ZStW 52, p. 545.

penal. No así, cuando ese déficit sólo es relativo, como expondré a continuación³⁶⁵. La realización del tipo a través de un « instrumento » no depende sólo del « hombre de atrás », sino también del « instrumento ». Éste puede interrumpir la imputación del hecho al « hombre de atrás ». Por tanto, no es suficiente constatar que el que se autolesiona padece algún defecto (de conocimiento, psíquico, volitivo, etc.), sino que es preciso constatar, además, que el riesgo que ha creado para sí mismo es imputable a un tercero. Ambos requisitos son necesarios. En las páginas siguientes desarrollo las diversas modalidades de « instrumentalización » e intento determinar los límites de dicha « instrumentalización » con criterios generales.

2. El favorecer o motivar una autolesión o autopuesta en peligro por parte de un inimputable (arts. 19, 20, 1º, 2º y 3º) es una modalidad de conducta típica de homicidio o lesiones³⁶⁶. Estas personas no pueden cuidar de sus propios intereses y por ello se debe

365 -----
Tomo esta diferenciación entre déficit absoluto y relativo de WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 146, nota 6, 175 s.

366 AMELUNG, *Autoría mediata*, p. 324; v. BAR, *Gesetz und Schuld*, pp. 228 s.; BINDING, *Normen IV*, pp. 590 s.; CRAMER, *Schönke/Schröder*, 25/9; DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, antes de 211/5; ESER, *Schönke/Schröder*, antes de 211 ss./37; FREUND, *Erfolgsdelikt*, pp. 195, 220 ss., criticando la sentencia BGHSt 3, pp. 203 ss. y considerando que en este punto existe un amplio consenso en la doctrina alemana; FRISCH, *Verhalten*, pp. 154 ss., 220, 225; el mismo, *NStZ* 92, p. 63; el mismo, *Tipo*, p. 136; GIMBERNAT, *Estudios*, pp. 276 s.; HERZBERG, *Unterlassung*, pp. 329 s.; el mismo, *JA* 85, pp. 134 s.; el mismo, *ZStW* 99, p. 68; JAKOBS, *PG*, 21/97 ss., 29/55; KÖHLER, *ZStW* 104, p. 25; KREY, *PE*, 1/117; KUHLEN, *Produkthaftung*, p. 140; MAURACH/GÖSSEL, *PG*, 43/75; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *PE*, 1/20; OTTO, *Jura* 87, p. 256; REYES, *Imputación*, p. 184; ROXIN, *Täterschaft*, pp. 236 s. con respecto a inimputables, 240 ss. con respecto a menores de edad, 476, 589 con respecto a una sentencia del T. S. alemán; el mismo, *Dreher-FS*, p. 331; el mismo, *NStZ* 84, p. 412; el mismo, *LK*, 25/125 ss.; RUDOLPHI, *SK*, antes de 1/79 b, 13/31; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 305, criticando la sentencia BGHSt 3, pp. 203 ss.; el mismo, *NStZ* 82, p. 62; SOWADA, *Jura* 85, p. 76; STREE, *JuS* 85, p. 182; TORIO, *Estudios IV*, p. 176; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 182 ss.

Parcialmente en contra un sector importante de la doctrina española: DEL ROSAL, *ADP* 87, p. 88, nota 69, considera que el suicidio o autolesión es libre siempre que el inimputable esté « capacitado excepcionalmente para adoptar una resolución propia ». Este autor es consecuente con su visión de la autoría mediata, ya que mantiene la misma posición cuando se provoca la comisión de delitos por parte de inimputables. JUANATEY, *Suicidio*, pp. 184 ss., 397, con más referencias, considera que la mera constatación de la situación de inimputabilidad no es suficiente para imputarle el suicidio al « hombre de atrás »: « La fórmula de imputabilidad habrá de operar como criterio rector o guía para la determinación de la capacidad para el « suicidio », pero no como criterio absoluto y definitivo ». En un sentido similar, COBO/CARBONELL, *RFDUG* nº 12, p. 70; DIEZ RIPOLLES, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 224, nota 159; MUÑOZ CONDE, *PE*, p. 75. Estos autores, por tanto, consideran que favorecer o motivar que un inimputable se cause una mutilación grave puede ser en ciertos casos una conducta imputable.

Se podría pensar que existe un concurso de leyes que debe resolverse a favor de la punición del art. 143 C. P. por ser más especial cuando se auxilia o induce a un suicidio. Pero la razón de la menor punición del art. 143 reside en que la víctima también es responsable de la lesión del bien jurídico. Si tenemos en cuenta este fundamento de la menor penalidad, se puede apreciar como los supuestos de inducción y auxilio al suicidio de inimputables no se encuentra abarcado por el art. 143 C. P., ya que el tercero no participa en un hecho imputable a la víctima, sino que el hecho le es imputable directamente como « matar a otro ». Sobre esta cuestión, DIEZ RIPOLLES, *CPC* 86, pp. 610 s., nota 24, señalando con respecto al anterior C. P. como « ya no estamos ante el suicida al que se refiere el artículo 409, sino ante

tener un especial cuidado. Por ejemplo, no tener controlada y vigilada un arma no supone un riesgo con respecto a personas mayores de edad pero sí frente a niños que se pueden lesionar jugando con el arma de fuego. El inimputable es concebido por el ordenamiento como un suceso natural a efectos de imputación y, por ello, la responsabilidad « salta » hasta el « hombre de atrás ». Evidentemente, en nuestro C. P. no se define lo que es un inimputable en supuestos de autolesión o autopuesta en peligro³⁶⁷, pero considero que no deben existir diferencias con respecto a los supuestos de favorecimientos de delitos. Si a alguien se le define como un no-igual o un « irresponsable », esa definición debe afectar a todas las actividades que lleve a cabo³⁶⁸. En el mismo sentido, si en general se le

la víctima del artículo 407 »; el mismo, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 223, considerando que la relación concursal con el homicidio es distinta dependiendo de la modalidad de conducta; SILVA, ADP 87, p. 457, nota 22, que considera que el tipo de inducción y auxilio al suicidio es una norma subsidiaria con respecto al homicidio y al asesinato, tesis que comparto y por esa razón es tan importante negar primero la subsunción del favorecimiento o motivación de la autolesión o autopuesta en peligro en el tipo de homicidio o asesinato.

En el art. 369 C. P., el favorecer una agresión a los propios bienes jurídicos por parte de un menor de 18 años o de un disminuido psíquico es un elemento de agravación de los delitos contra la salud pública.

367 Sí se define lo que es un incapaz en el art. 25 C. P., lo que tiene influencia con respecto a la regulación del consentimiento en las lesiones (arts. 155 y 156 C. P.), aunque no creo que de este precepto se puedan deducir criterios generales de imputación. Sin embargo, la regulación de este art. 25 casa perfectamente con la tesis que mantengo. Por un lado, marca los límites de edad con capacidad para consentir en la misma edad que está marcada para la imputabilidad. Y en cuanto a la enajenación mental, la definición que se ofrece puede coincidir con los requisitos de la inimputabilidad. Lo que pasa es que, evidentemente, no se puede utilizar como criterio de referencia la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión.

368 Se trata de un tema muy discutido en la doctrina alemana. Sobre la discusión, AMELUNG, Autoría mediata, pp. 325 ss.; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 187 s.; ESER, Schönte/Schröder, antes de 211 ss./36; FRISCH, NStZ 92, p. 3; el mismo, Tipo, pp. 124 s.; M. K. MEYER, Ausschluß der Autonomie, pp. 230 ss.; SILVA, ADP 87, pp. 457 s.; SOWADA, Jura 85, pp. 80 s., con referencias completas de la situación doctrinal; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 105 ss.

Mantienen una postura similar a la defendida en el texto: BEULKE/MAYER, JuS 87, p. 127; BOTTKE, GA 83, pp. 31, 36; CHARALAMBAKIS, GA 86, pp. 489 ss., 498, 500 s.; DÖLLING, GA 84, pp. 76, 78 s.; GALLAS, JZ 60, pp. 649, 686, 692; HIRSCH, JR 79, p. 432; HOHMANN/KÖNIG, NStZ 89, p. 308; JAKOBS, PG, 21/97 s., aunque en 21/95, reconoce lo insatisfactorio de la solución en el Derecho penal alemán; KÖHLER, ZStW 104, p. 25; NEUMANN, JA 87, p. 249; ROXIN, Dreher-FS, pp. 346 ss.; el mismo, NStZ 84, p. 71; el mismo, NStZ 84, p. 412; el mismo, LK, 25/66 ss., 125; SCHÜNEMANN, NStZ 82, p. 62; STREE, JuS 85, pp. 182 s., con ejemplos; ZACZYK, Selbstverantwortung, pp. 36, 43, 64, con más referencias.

Mantienen una posición contraria a la defendida en el texto: AMELUNG, Autoría mediata, pp. 328 ss.; ESER, Schönte/Schröder, antes de 211 ss./36; FRISCH, Verhalten, pp. 165 ss., con abundantes referencias, 222, 225; el mismo, NStZ 92, pp. 63 s.; HERZBERG, Täterschaft, pp. 36 ss.; el mismo, JA 85, pp. 336 ss., 340 ss.; HORN, SK, 212/15; JÄHNKE, LK, antes de 211/25 ss.; JUANATEY, PJ nº 28, pp. 113 s.; la misma, Suicidio, p. 150; KREY, PE, 1/87, 89, 91, 119, con más referencias; M. K. MEYER, Ausschluß der Autonomie, pp. 230 ss.; OTTO, Jura 87, p. 257; SILVA, La Ley 87, p. 963; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 105 ss.; WESSELS, PE, 1 IV 1, con más referencias.

Los autores alemanes que mantienen una posición contraria a la del texto defienden que en los supuestos de autolesión la protección se debe extender a los semiimputables o llevar a cabo una aplicación analógica de los requisitos de la muerte a petición, sobre todo en lo referente a la seriedad de la misma. En realidad, lo que buscan estos autores es que la inducción o auxilio a autolesiones por parte de personas que no tienen sus capacidades psíquicas e intelectuales intactas no se considere un hecho penalmente irrelevante. Lo mismo pretenden en supuestos de error o coacción, aunque no se den los requisitos de la autoría mediata cuando se lesiona a un tercero.

considera como alguien que necesita una especial protección, estos casos de autolesiones no deben ser una excepción. Es más, la protección es más necesaria en la medida en que el supuesto es especialmente grave. Lo decisivo es determinar los límites de la responsabilidad por lo que se hace. Una vez determinados esos límites no entiendo porqué hay que establecer diferencias entre que esos actos tengan consecuencias perjudiciales para terceros o para uno mismo³⁶⁹. Por ejemplo, si alguien ayuda o induce a una persona que se encuentra en una situación de trastorno mental transitorio no plena a autolesionarse a la vez que autolesiona a terceros (por ejemplo, mediante un coche bomba), ¿Sería lógico imputarle la autolesión como autor mediato y las lesiones de terceros como inductor? El C. P. debe mantener una coherencia interna en sus criterios de imputación y no variarlos dependiendo de si se utilizan para eximir o para atribuir responsabilidad criminal.

Si el garante de un inimputable (padre, tutor, profesor, monitor de tiempo libre,

En el mismo sentido se manifiesta JUANATEY, Suicidio, p. 179, que variando su posición anterior, considera « aunque el sujeto pasivo sea un depresivo, si su muerte es voluntaria, la pena con la que se castiga en nuestro Derecho al cómplice en esa muerte es una pena más que suficiente [...] En Alemania, la situación [...] es muy distinta a la española; en ese país, ante una conducta de cooperación en el suicidio de un depresivo la alternativa es o la autoría mediata de homicidio o de asesinato, o la impunidad ».

La jurisprudencia alemana se ha apuntado de forma tácita a la primera posición en la sentencia BGHSt 32, pp. 38 ss., en especial 41 ss. (« caso Sirius »). Aunque AMELUNG, Autoría mediata, p. 325, nota 9, considera que « sólo se manifiesta parcialmente a favor de esta interpretación ». M. K. MEYER, Ausschluß der Autonomie, p. 232, señala como también ha defendido la primera posición en las sentencias BGHSt 13, pp. 163 s. y 19, pp. 136 s. y 139 s.

Se puede apreciar la dificultad en ciertos casos concretos de trasvasar criterios pensados para actividades delictivas a los supuestos de autolesiones en AMELUNG/WEIDEMANN, JuS 84, pp. 598 s., que tratan un supuesto real (BGH NJW 83, pp. 264 s.) en el que el enfermero de un centro donde se trata a delincuentes inimputables o con su capacidad de culpabilidad disminuida le entrega unas botellas de alcohol a alguien que está cumpliendo una medida de seguridad, sufriendo éste lesiones como consecuencia de la ingestión del alcohol entregado.

También se puede apreciar esta dificultad en la S. T. S. de 27 de enero de 1984 (Pte. Latour). En este caso, incluso, queda abierta la pregunta sobre si los requisitos de la inimputabilidad en la imprudencia (autolesiones o autopuestas en peligro imprudentes) son los mismos que en el dolo (autolesiones o autopuestas en peligro dolosas). Es lógico, por ello, como ya he señalado supra nota 354 que comparta los criterios de LUZON a la hora de fundamentar una solución acertada para este caso, pero no la solución a la que llega (yo opino que no existe una autoría mediata).

En mi opinión, LUZON, Derecho Penal de la Circulación, p. 99, acude a la falta de libertad y responsabilidad de la víctima sin determinar cuáles son los requisitos mínimos para afirmar tal falta de libertad y responsabilidad, lo que le lleva a fundamentar la imputación al « hombre de atrás » en situaciones en la que es dudoso que exista una situación de trastorno mental transitorio, de miedo insuperable o alguna alteración psíquica de entidad similar.

³⁶⁹ SILVA, ADP 87, pp. 459 s., que no comparte la posición defendida en el texto es coherente, al afirmar que también puede existir una autoría mediata cuando se favorece o motiva a un semiinimputable a que realice un delito. Por ello llega a la conclusión de que « el suicidio empieza a no ser « libremente responsable » en algún punto de la semiinimputabilidad ». A título de ejemplo se refiere a situaciones en las que alguien « actúa presa de un humor momentáneo » o de « una depresión pasajera » como sucede en los « suicidios llamada » « en que el acto no tiene otro sentido que el de una petición de socorro o atención al entorno ». En contra de SILVA, JUANATEY, Suicidio, p. 163, señalando que este autor extiende excesivamente el concepto de autoría mediata.

enfermero de un hospital psiquiátrico, psicoterapeuta³⁷⁰, etc.) no hace nada por evitar la autolesión o autopuesta en peligro de un inimputable, siempre que se den los requisitos subjetivos, nos encontraremos también ante una realización del tipo de homicidio o lesiones³⁷¹.

Puede parecer llamativo que inducir a o cooperar con un semiinimputable para que se autolesione sea algo irrelevante para el Derecho penal y considerarse que la *ultima ratio* del ordenamiento debería intervenir en supuestos en los que la persona que se autopone en peligro o se autolesiona está inmersa en un estado de arrebató, obcecación o cualquier otro estado pasional intenso (debido a un desengaño amoroso, fracaso profesional, etc.). Pero el legislador penal ha decidido intervenir sólo en los supuestos de suicidio a través del art. 143 C. P. Esto es evidente si apreciamos que sólo se castigan supuestos de inducción o de cooperación necesaria. Es decir, supuestos en los que alguien se ve « empujado » al suicidio bien porque un tercero lo motiva de forma determinate (inducción) o lo organiza prácticamente todo (cooperación activa, necesaria y directa). Y si apreciamos como el subtipo atenuado exige una petición expresa, seria e inequívoca, se puede apreciar como se encuentran excluidos de esta bonificación los supuestos de semiimputabilidad (arrebató, ofuscación, obcecación, embriaguez, estados de ansiedad, depresiones, psicosis de desconfianza, ideas paranoides, pánico, y, en general, síndromes presuicidas³⁷² que no llegan a una situación equivalente a la inimputabilidad). Además, un estado de ofuscación o arrebató o cualquier otro estado similar de alteración psíquica o trastorno anímico que no afecte de forma completa a la imputabilidad del que se autolesiona o autopone en peligro puede ser un dato que se puede tener en cuenta de forma legítima para imponer una menor pena al autor de un delito u optar por otro tipo de consecuencia jurídica (medida de seguridad), pero es dudoso que sea legítimo ese dato para fundamentar la responsabilidad de un tercero³⁷³. Por tanto, si se considera adecuado y necesario proteger en la misma medida que se hace en el art. 143 C. P. con la vida otros

³⁷⁰ Sobre la imputación a los psicoterapeutas de los suicidios de sus clientes es interesante el estudio realizado por WEGENER, JZ 80, pp. 590 ss., en especial pp. 593 ss.

³⁷¹ DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 225, 247; ESER, Schönke/Schröder, antes de 211 ss./40; HERZBERG, JA 85, pp. 180 s.; JAKOBS, PG, 29/59; KREY, PE, 1/82; REYES, *Imputación*, pp. 168, 177 s.; DEL ROSAL, ADP 87, p. 97; SOWADA, Jura 85, p. 77; STREE, Schönke/Schröder, 13/22; ZACZYK, *Selbstverantwortung*, pp. 48 s., citando la sentencia RGSt 7, pp. 332 ss., en la que se condenó a dos vigilantes de un centro psiquiátrico que incumplieron sus deberes de vigilancia y además dejaron una puerta abierta, lo cual fue utilizado por un enajenado, que se encontraba en el recinto por haberse intentado suicidar en repetidas ocasiones, para suicidarse en una bañera.

³⁷² COBO/CARBONELL, RFDUG nº 12, p. 67 y CARBONELL/GLEZ. CUSSAC, PE, pp. 560 s., 563, consideran, en sentido contrario, que la presencia de un « síndrome presuicida » supone siempre un homicidio o asesinato.

³⁷³ En el mismo sentido, JUANATEY, *Suicidio*, pp. 163, 179, en contra de la posición de SILVA, por considerar que este autor extiende excesivamente el concepto de autoría mediata.

intereses de los semiinimputables (graves daños a la salud, por ejemplo) se debe hacer una propuesta de *lege ferenda* para modificar la ley. En definitiva, subsumir el favorecimiento o motivación de autolesiones por parte de semiinimputables en los tipos puros de resultado tiene grandes problemas desde el punto de vista de la seguridad jurídica (sobre todo teniendo en cuenta que muchos autores que defienden la posición contraria a la que se mantiene aquí no consideran como homicidio o lesiones toda participación en la autolesión de un semiinimputable, sino que hacen depender la imputación de las circunstancias concurrentes en cada caso), siendo mucho más garantista la imputación de la autolesión a un tercero en supuestos equivalentes a los de la imputación de un delito. Es más, en mi opinión, si la inducción y cooperación necesaria al suicidio tienen relevancia jurídico-penal es, precisamente, para evitar decisiones no plenamente libres y responsables³⁷⁴. El considerar la inducción y cooperación necesaria al suicidio protagonizado por alguien en una situación en la que carece de una plena imputabilidad como un hecho subsumible en el tipo de homicidio y, por tanto, no en el art. 143 C. P., le restaría, a mi entender, toda legitimidad al art. 143 C. P. en el marco de un Estado laico y aconfesional³⁷⁵. Por ello considero que en el resto de supuestos

374 JUANATEY, Suicidio, pp. 179 s., mantiene una postura mucho más radical, al considerar que sólo son punibles estos supuestos (imputabilidad disminuida, concurrencia de vicios parciales de la voluntad, etc.), quedando justificados los supuestos en los que el suicida es plenamente libre y responsable. Considero que con la existencia del actual párrafo 4º del art. 143 esta tesis no es defendible.

375 En un sentido similar, JUANATEY, Suicidio, p. 164, considera que el precepto especial que regula la participación en el suicidio se quedaría casi vacío de contenido y sin operatividad práctica alguna; TORIO, Estudios IV, p. 177: « La posibilidad de una participación punible en el suicidio queda excluida si se la considera - de forma parecida a como propone Schmidhäuser- relacionada con el acto de un enfermo mental o de quien actúa en situación en que está excluida la posibilidad de obrar de otro modo. Entonces generalmente se niega la participación en el suicidio, para afirmar la existencia de homicidio realizado mediante autoría mediata. Pero también estará desechada la posibilidad de un reconocimiento legislativo de la instigación o del auxilio si se acepta que el suicidio es el acto libre por excelencia, pues entonces la instigación carece de efectividad causal, es decir, está desprovista de eficacia condicional de la decisión de suicidarse ».

Hay que valorar de todas formas de manera (moderadamente) positiva los avances emprendidos por el legislador a través de los arts. 143 y 155 C. P. y comprender que el legislador penal tenga miedo a desproteger de forma radical bienes jurídicos como la vida o la integridad física y psíquica y prefiera ser prudente, llevando a cabo una despenalización de forma gradual mediante reformas progresivas. Lo que sucede es que todavía existen conductas no merecedoras de desvalor como injusto subsumibles en estos artículos. Sobre todo cuando la voluntad del suicida o del que pide que le maten o lesionen se manifiesta de forma expresa y fehaciente, es seria e inequívoca y se tienen buenas razones para desear tal solución, como reconoce el art. 156 C. P. En un sentido similar, CARBONELL, CJ nº 10, p. 32 y JUANATEY, PJ nº 28, pp. 118 ss.

Vid. las consideraciones político criminales de MUÑOZ CONDE, ADP 87, p. 303, a favor de una punición expresa de los casos más graves de participación e inducción al suicidio.

De *lege ferenda* sería preferible configurar los tipos de auxilio e inducción a suicidios y autolesiones y de homicidios y lesiones consentidos de forma que se fijaran más en la libertad y seriedad del que se autolesiona o del que consiente que en las modalidades de comisión (cfr. CHARALAMBAKIS, GA 86, p. 502; ESER, Schönke/Schröder, antes de 211 ss./34). Sobre todo teniendo en cuenta los datos psicológicos y criminológicos sobre los suicidios (cfr. BARCIA, Estudios IV, pp. 118 ss.; CHARALAMBAKIS, GA 86, pp. 492 ss.; JÄHNKE, LK, antes de 211/25 ss.; KREY, PE, 1/86; M. K. MEYER, Ausschluß der Autonomie, pp. 230 ss.; MOOS, WK, 78/21; OTTO, PE, § 6 III 1 d) aa;

PINILLOS, Estudios IV, p. 167 y *passim*; SILVA, La Ley 87, p. 963; TORIO, RFDUG nº 13, p. 228, todos con abundantes referencias), incluyendo la problemática de los « suicidio-llamada » que no son más que una petición extrema de ayuda. Se debe tener mucho cuidado con los requisitos de la autorresponsabilidad cuando están en juego menoscabos importantes para la salud o la vida de las personas, sobre todo si se tiene en cuenta, por ejemplo, que estadísticamente la mayoría de los suicidios no se pueden definir como plenamente libres y responsables.

En el mismo sentido, el Manifiesto en favor de la disponibilidad de la vida, firmado por diversos especialistas en Derecho penal, jueces y fiscales en Valencia el 16 de noviembre de 1991, en su apartado 4: « La especial importancia de la vida, la irreversibilidad de las consecuencias de la decisión, la eventual implicación de terceros y la vulnerabilidad de los procesos de toma de decisión en determinadas situaciones y etapas vitales hacen necesario adoptar cuantas medidas sean posibles en orden a garantizar la plena libertad de la voluntad ».

En esta discusión de *lege ferenda* no se debe confundir la discusión sobre los límites de la (ir)responsabilidad con la discusión sobre lo que es (ir)racional. El legislador penal tiene como tarea legítima proteger a los irresponsables, pero no proteger a los ciudadanos de decisiones libres pero que se pueden considerar por terceros como irracionales. En un estado laico y que se basa en el pluralismo ideológico no hay cabida para que el Estado determine lo que hay que considerar racional o irracional, mientras no se vean afectados derechos de terceros o el orden público. Además, como con razón señala SOWADA, Jura 85, p. 85, si sólo se permiten las autolesiones, autopuestas en peligro o autolesiones consentidas cuando se consideran como algo racional, no hace falta acudir a la libre decisión del tenedor del bien jurídico, sino a otras razones más cercanas al estado de necesidad. Por tanto, confundir racionalidad con responsabilidad, hace que este concepto pase a ser innecesario. El trato privilegiado del apartado 4º del art. 143 frente a los apartados 2º y 3º y del art. 156 frente al art. 155 no residen en la mayor o menor responsabilidad del tenedor del bien jurídico, sino en la mayor o menor racionalidad del caso concreto. Ello nos permite recurrir a la analogía si supuestos igual de racionales que los del art. 143.4 o los del art. 156 no son contemplados por el legislador.

Estos aspectos deben ser tenidos en cuenta antes de defender sin más la impunidad de toda inducción y cooperación al suicidio (cfr. MUÑOZ CONDE, ADP 87, p. 303 en el mismo sentido, CARBONELL, CPC 91, p. 667 y CJ nº 10, p. 29, CARBONELL/GONZALEZ CUSSAC, PE, pp. 557 s. y DEL ROSAL, ADP 87, p. 90, propugnando todos dicha impunidad). No es cierto que « sólo desde posiciones eticistas y moralistas pueda explicarse la punición de las conductas relacionadas con el suicidio » como propugnan CARBONELL y GONZALEZ CUSSAC. Estos mismos autores llegan a una conclusión similar al señalar (CJ nº 10, p. 31) que « el ordenamiento constitucional no es neutral: la vida es un valor, la muerte no. Por ello, no sólo es lógico, sino absolutamente consustancial a los valores que inspiran nuestro Ordenamiento Jurídico que el Derecho no sea neutral ante la vida o la muerte, y que prevea medidas tendentes a que el ciudadano que se encuentre en cualquier trance desee la continuidad de su vida. Y sólo cuando pueda asegurarse su voluntad contraria, levante la tutela que le dispensa ». Ello sólo es cierto cuando el suicidio es plenamente libre y responsable, pero no cuando existe alguna incidencia en la motivación del sujeto (un estado depresivo por ejemplo). Esta objeción no evita, sin embargo, admitir que el camino que está emprendiendo nuestro legislador no es el más acertado, ya que se fija más en las modalidades de conducta que en la efectiva existencia de una decisión consciente, libre, seria y responsable.

En mi opinión, tiene razón la doctrina más moderna y apegada a argumentaciones de índole constitucional al señalar que la distinción entre bienes jurídicos disponibles para su titular e indisponibles para su titular tampoco ayuda a encontrar una solución racional. En un Estado de libertades que parte del reconocimiento de ciertos derechos no se comprende como esos mismos derechos pueden tener una cotitularidad (individual y social) si no existe una mención expresa al respecto. Si efectivamente la vida y la salud tuvieran una titularidad social el Estado podría extender su determinación de las vidas particulares hasta límites más que dudosos (prohibir el consumo de sustancias como el tabaco, obligar a realizar dietas o ejercicios gimnásticos, etc.). Por el contrario, considero que hay que entender que todos los bienes jurídicos, incluidos la vida y la salud, son responsabilidad exclusiva de su titular que puede hacer con ellos lo que quiera mientras no perjudique a terceros o mientras el ordenamiento no disponga otra cosa. Los bienes no están protegidos frente a sus titulares (cfr. TIMPE, Nötigung, p. 33). Como señalan CARBONELL y GLEZ. CUSSAC, CJ nº 10, p. 30 y PE, p. 558, « de la constitución española no puede desprenderse la existencia de un deber jurídico de vivir al servicio de la comunidad ni de la ética. No existe en este sentido, una especie de función social de la vida, a modo de lo que el artículo 33. 2 configura para la propiedad ». Lo que sucede es que ciertos bienes muy importantes, que condicionan la posibilidad de desarrollar una vida libre en sociedad, pueden ser protegidos en determinadas situaciones incluso contra la decisión de sus propios titulares, sólo si no se evidencia que la decisión es plenamente libre y responsable. Si la decisión tiene estas cualidades (aunque se pueda considerar irracional), los bienes

subsumibles en este precepto menos corrientes en los que el suicida actúa de forma libre y responsable se debe hacer una interpretación lo más restrictiva posible, siendo de gran utilidad todo el desarrollo de la « teoría moderna de la prohibición de regreso » desarrollada en el apartado anterior de este capítulo³⁷⁶. Por otro lado, puede que el « hombre de atrás » se aproveche de una situación equivalente a la semiinimputabilidad para engañar de forma mucho más fácil al que se autopone en peligro o se autolesiona. Pero estos supuestos se solucionan sin problemas como supuestos en los que el error del « instrumento » es imputable al « hombre de atrás »³⁷⁷. Evidentemente, cuanto más intenso

jurídicos son disponibles. Mucho menos, por tanto, son asumibles las concepciones que parten de una concepción ontológica o prenatal del bien jurídico vida. En un sentido similar, BERDUGO, CPC 81, pp. 211 s.; el mismo, El delito de lesiones, pp. 72 ss.; CARBONELL, CPC 91, pp. 661 ss.; el mismo, CJ nº 10, pp. 30 s.; CARBONELL/GLEZ. CUSSAC, PE, pp. 558 s., 592; CASAS, Consentimiento, pp. 87 ss.; DIEZ RIPOLLES, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, pp. 209 ss.; DÖLLING, GA 84, p. 85; GALLAS, JZ 60, p. 654; GLEZ. RUS, PE, pp. 27, 183 s.; GRACIA, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 23; JUANATEY, Suicidio, pp. 367 ss., 400; KÖHLER, ZStW 104, pp. 15 ss.; DEL ROSAL, ADP 87, pp. 84 ss.; ROXIN, Dreher-FS, p. 338; ZUGALDIA, RFDUG nº 13, p. 294, considera que la libre disponibilidad de la vida « es algo que parece estar hoy fuera de toda discusión » y Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida recogido en ADP 92, pp. 1219 ss. Sobre la discusión de si la vida es un bien individual o comunitario, HIRSCH, Welzel-FS, pp. 776 ss. En este sentido, me sumo a las posiciones más liberales de la dogmática con respecto a las cuestiones tratadas en el texto. Ello está en consonancia con la visión del Derecho y de la función del Derecho penal que se ha desarrollado en el Cap. 2º.

³⁷⁶ En un sentido similar, FRISCH, Verhalten, p. 198, utilizando a título de ejemplo los casos en los que ante una ruptura conyugal o sentimental uno de los miembros de la pareja amenaza con suicidarse si el otro lo abandona (BGHSt 7, pp. 268 ss.). Otro ejemplo similar se puede encontrar en JUANATEY, Suicidio, p. 200, que también defiende la impunidad en supuestos como éste.

CHARALAMBAKIS, GA 86, p. 502, señala como en general los tipos de inducción y cooperación al suicidio deben ser interpretados de forma restrictiva, y pone un ejemplo concreto con respecto a la inducción que no debería ser penalmente relevante: un partidario fanático del Bayern de Munich es informado, de forma falsa, que su equipo ha perdido un partido decisivo, lo que provoca su suicidio.

TORIO, Estudios IV, p. 180, señala con respecto a la tipificación de la inducción al suicidio que « la configuración de tal tipo penal, concebido como un injusto material, no como violación de normas éticas ni religiosas, debería ser efectuada mediante un lenguaje legislativo que negase la suficiencia de una conexión causal cualquiera, es decir, que informara de que aquí es precisa una conexión más estricta, menos fluida que la propia de la inducción como forma de participación general en el delito. En tal sentido algún Código penal reclama la « determinación » al suicidio. Este término no sólo apunta a la causalidad, sino a la imputación objetiva del acto de instigación. No basta que la resolución sea « causada » sino « originada típicamente », o sea, mediante una acción cuyas propiedades permitan definirla como peligrosa para la vida en la situación concreta. La instigación debe ser, según esto, típicamente adecuada en el sentido de la teoría de Mezger, objetivamente imputable, en la dirección de la comprensión actual de la tipicidad penal ».

Vid. también con respecto a la inducción al suicidio, DIEZ RIPOLLES, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, pp. 226 s.; QUERALT, PE, p. 12.

³⁷⁷ De una forma más amplia, ROXIN, PG, 11/93. En realidad, un sector de la doctrina alemana quiere desvalorar como homicidio la participación en un suicidio de una persona que se encuentre en una situación análoga a la semiinimputabilidad, porque de lo contrario esas conductas tan llamativas serían siempre impunes (cfr. FRISCH, Verhalten, p. 222; HERZBERG, Täterschaft, p. 39, señala que se ignoran los datos empíricos de las investigaciones sobre suicidios; SCHÜNEMANN, NStZ 82, pp. 62 s.; STRATENWERTH, PG, nº marg. 774).

JAKOBS, PG, 21/95, considera que la solución dogmáticamente correcta conduce a una solución insatisfactoria por las características del Derecho positivo alemán.

Al estudiar la discusión alemana se debe tener esto en cuenta y considerar que los problemas en el Derecho español son muy distintos y que el negar la subsunción de estas conductas en el tipo de

sea el defecto que sufre una persona, más difícil le será distanciarse de la influencia de un tercero, estando más a su merced. Y ello se debe tener en cuenta a efectos de imputación del riesgo³⁷⁸.

Por el contrario, considero que no existe una posición de garante frente a autolesiones o autopuestas en peligro de personas libres, responsables y que actúan con pleno conocimiento del alcance de lo que están llevando a cabo. Al menos, de acuerdo con los planteamientos de este trabajo no entiendo cómo se puede fundamentar una posición de garante en supuestos como éste. ¿Cómo fundamentar un deber de proteger a una persona libre y responsable contra sí misma? ¿En qué basar la necesidad de protección? Por las razones ya expuestas al principio de este capítulo, una persona puede ser garante de que alguien no se vea lesionado por un riesgo natural o por un riesgo creado antijurídicamente por un tercero, pero todas las posiciones de garante tienen su límite en una decisión libre y consciente por parte de la persona a proteger, incluyendo las comunidades de vida como el compartir un domicilio conyugal³⁷⁹, médicos y enfermeras frente a pacientes³⁸⁰, instituciones penitenciarias en supuestos de huelgas de hambre³⁸¹,

homicidio no conlleva siempre la impunidad.

Sobre cuestiones de *lege ferenda* con respecto a esta cuestión, CHARALAMBAKIS, GA 86, pp. 501 s.; ESER, Schönke/Schröder, antes de 211 ss./34; FRISCH, Verhalten, pp. 175 s.; SCHÜNEMANN, NSZ 82, pp. 62 s.; STRATENWERTH, PG, nº marg. 774; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, p. 163.

³⁷⁸ WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, p. 180.

³⁷⁹ CHARALAMBAKIS, GA 86, p. 505; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 246 s.; JAKOBS, PG, 29/63, 70, con nota 141; OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, pp. 539 s.; OTTO, Jura 87, pp. 256 s.; RUDOLPHI, SK, 13/52; BGH, NSZ 87, pp. 406 s.

En este ámbito incluso la opinión contraria lleva a una conclusión inhumana: el que decide poner fin a su vida con buenas razones, de forma seria y meditada, no podría verse rodeado en sus momentos finales de la gente más querida y cercana, por miedo a que éstos se vieran castigados con una pena.

S. T. S. de 15 de marzo de 1986 (Pte. Gil Sáez).

³⁸⁰ BACIGALUPO, Estudios, p. 23; el mismo, PJ, nº especial XII, p. 154; DIEZ RIPOLLES, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, pp. 249 s., 263 s., con más referencias; ESER, Schönke/Schröder, antes de 211 ss./42 s.; FREUND, Erfolgsdelikt, p. 270; de la GANDARA, Consentimiento, pp. 189, 252; JAKOBS, PG, 29/56, 70; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, CPC 95, pp. 475 s.; ROXIN, PG, 11/90; SCHULTZ, JuS 85, p. 271; SILVA, La Ley 87, pp. 961 s.; el mismo, CPC 89, p. 399, considerando que la doctrina es pacífica con respecto a este límite de la imputación; ZUGALDIA, RFDUG nº 13, p. 284.

La sentencia BGHSt 32, pp. 367 ss. (« caso Wittig o Peterle »), consideró que un médico tiene el deber de atender a un suicida inconsciente, aunque éste se haya manifestado en contra de cualquier tipo de tratamiento, por lo que la omisión de medidas contrarias a la voluntad del paciente fundamentan la imputación de la muerte. En este caso un médico en una visita profesional nocturna previamente acordada con una señora mayor (76 años), enferma y cansada de vivir después de la muerte de su marido se encuentra a ésta inconsciente pero todavía con vida. Constata que la señora ha intentado suicidarse con una sobredosis de medicamentos (morfina y tabletas para dormir) y que tiene en la mano una nota en la que pide de forma muy escueta al médico que no le ingrese en un hospital y que le deje morir en paz. El médico respeta la voluntad de la paciente, no hace nada y se queda a su lado hasta que la mujer muere a la mañana siguiente. Los fundamentos jurídicos de esta sentencia, que han sido defendidos por HERZBERG, JA 85, pp. 184 s., han sido rechazados por la doctrina mayoritaria, a pesar de que la sentencia absolvió al médico por razones sitas en el ámbito de las causas de justificación y distintas a las que nos ocupan aquí

(ausencia de una posición de garantía frente a decisiones, conscientes, libres y responsables): CHARALAMBAKIS, GA 86, p. 504; ESER, Schönke/Schröder, antes de 211 ss./42 s.; GROPP, NStZ 85, *passim*; JAKOBS, PG, 29/nota 141; OTTO/BRAMMSEN, Jura 85, p. 596; RANFT, JZ 87, pp. 911 ss.; SCHMITT, JZ 84, pp. 867 s.; el mismo, JZ 85, pp. 367 s.; ROXIN, NStZ 87, p. 346; el mismo, Täterschaft, pp. 598 ss.; SCHULTZ, JuS 85, pp. 271 ss.; SCHÜNEMANN, GA 85, pp. 378 s.; SOWADA, Jura 85, *passim*; VERREL, JZ 96, pp. 229 s.

En mi opinión, el médico sólo tiene una posición de garante por delegación del paciente (salvo cuando es médico de urgencia que tiene una posición delegada del Estado, pero también en este caso la legitimidad de la intervención médica depende de la decisión del paciente, como se puede deducir del art. 10 de la Ley general de Sanidad), por lo que cuando éste retira su delegación o « mandato » la posición de garante desaparece y no tienen ningún deber por encima de la voluntad del paciente (cfr. DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 246; SILVA, La Ley 87, pp. 961 s.; STREE/Schönke/Schröder, 13/28 s.; ZUGALDIA, RFDUG nº 13, p. 284). Por la misma razón el médico no está obligado a hacer cumplir sus recomendaciones. Una vez más se puede apreciar como la búsqueda del fundamento de las posiciones de garante no obedece sólo a un interés academicista (cfr. SCHULTZ, JuS 85, p. 272). Esta idea no es nueva sino que ya estaba recogida en Alemania desde siempre por la jurisprudencia (cfr. SCHMITT, JZ 84, p. 867); RGSt 25, p. 382, RGSt 74, p. 93 y BGHSt 11, pp. 112 ss.

Sobre el fundamento de la posición de garantía del médico, en profundidad y con abundantes referencias, SILVA, La Ley 87, pp. 955 ss.

La doctrina de la sentencia del « caso Wittig » ha sido rechazada posteriormente en otras sentencias (BGH NStZ 88, p. 127 y BGHSt, pp. 378 s.), que considera que se le debe otorgar un mayor significado jurídico a una decisión de suicidio seria, libre y responsable por lo que la sentencia BGHSt 32, pp. 367 ss. puede acabar tratándose de una resolución aislada (cfr. DREHER/TRÖNDLE, StGB, antes de 211/6; KÜHL, JR 88, p. 338; VERREL, JZ 96, p. 231). La sentencia OLG München JZ 88, p. 201 también se ha mostrado crítica con la resolución del « caso Wittig ».

381 DIEZ RIPOLLES, CPC 86, pp. 623, 632; el mismo, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 242; ESER, Schönke/Schröder, antes de 211/45; de la GANDARA, Consentimiento, pp. 208 ss., 253; GRACIA, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 87; JAKOBS, PG, 29/nota 122, 75, con más referencias; LUZON PEÑA, Estudios, p. 191; OTTO, PE, § 6 III 1 d) ff); SILVA, CPC 89, p. 401, con más referencias de lo que considera doctrina dominante, en términos generales. En contra, GEPPERT, Jura 82, p. 185; HERZBERG, ZStW 91, pp. 565 ss., aunque luego establece límites a la imputación en el ámbito de la antijuridicidad. SILVA, CPC 89, p. 402, con más referencias, considera que esta última posición se encuentra en retroceso y ya no sólo se niega el deber de atender al recluso en huelga de hambre, sino también el derecho.

Sobre esta problemática en Alemania, donde existen normas policiales que obligan a evitar suicidios (§§ 56 ss., 101 y 178 StVollzG): DREHER/TRÖNDLE, StGB antes de 211/6b; GEPPERT, Jura 82, *passim*; HERZBERG, ZStW 91, pp. 557 ss.; JAKOBS, PG, 29/75, con abundantes referencias; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, PE, 1/25. En Austria, donde existe el § 69. 2 que obliga a la alimentación contra la voluntad del recluso en ciertos supuestos: MOOS, WK, 78/33.

Por el contrario, las instituciones penitenciarias y sus funcionarios tienen el deber de evitar toda autolesión o autopuesta en peligro en la que no sea evidente que el recluso percibe el alcance y gravedad de lo que está haciendo o se encuentre en una situación de arrebató, obcecación o afectado por un síndrome previo al suicidio o dicha autolesión o autopuesta en peligro venga dada por una situación de necesidad provocada dentro del recinto (en el lugar donde se encuentra es sometido a repetidas violaciones) (cfr. SILVA, SIDA, p. 106, nota 15). En este sentido hay que otorgarle una cierta razón a HERZBERG. No hay que olvidar que las cifras de suicidios son proporcionalmente mucho mayores en los establecimientos penitenciarios (HERZBERG, ZStW 91, p. 557), lo cual hace dudar de que en muchos casos se pueda tratar a los reclusos como personas plenamente responsables, debido a la especial situación de coacción (justificada) en la que se encuentran. En el mismo sentido, DIEZ RIPOLLES, CPC 86, p. 625; SILVA, CPC 89, p. 400. LUZON PEÑA, Estudios, p. 192 y *passim* considera que sólo existirá, en todo caso, una omisión simple, pero no unas lesiones o un homicidio. Hay que otorgarle la razón a DIEZ RIPOLLES cuando señala que « en todo caso no es aceptable partir del principio general de la falta de libertad de decisión de las personas internadas en instituciones totales como la prisión: Aunque desde luego es preciso analizar los efectos que en cada huelguista ha podido tener la estancia en prisión, afirmaciones generalizadoras como las anteriores sólo conducen a privar a los reclusos de todavía más derechos [...] La ausencia de libertad se ha de probar, por más que esté muy extendida la idea de que cabe considerar irrelevante la voluntad del huelguista en cuanto existan dudas fundadas sobre su libertad; desde luego no hay que limitarse a los supuestos de inimputabilidad del Código ». Se ocupa también de esta

etc.³⁸²

cuestión, de la GANDARA, Consentimiento, pp. 212 ss.

Por todo lo dicho es legítima una norma como la del art. 45 1 b) que autoriza la utilización de determinados medios coercitivos « para evitar daños de los internos a sí mismos » (suicidios). Sobre la ilegitimidad de esta norma para aplicarla en supuestos de huelgas de hambre, LUZON PEÑA, Estudios, pp. 190 s.

SILVA, CPC 89, pp. 368 ss., 398 ss., desde su peculiar visión de la comisión por omisión, considera que las instituciones penitenciarias sólo tienen una posición de garante frente a hechos delictivos de terceros, por lo que en estos casos no existe una posición de garante. Estoy de acuerdo con él en las conclusiones, aunque no en la fundamentación: « El « derecho » podrá discutirse, pero el deber de intervenir está ausente, sin ningún género de dudas ».

Sobre esta problemática de las huelgas de hambre de reclusos vid. las SS. T. C. 120/90 de 27 de junio, 137/90 de 19 de julio y 11/91 de 17 de enero. Aquí no me puedo detener en los fundamentos jurídicos de estas sentencias ni en las resoluciones previas que motivaron la revisión constitucional. Sin embargo, estas sentencias plantean una problemática de conflicto de derechos o deberes que tiene más que ver con la concurrencia de una causa de justificación. Ello presupone la existencia de un tipo penal. Sin embargo, en el texto, de acuerdo con lo que nos interesa en este trabajo de forma primordial, se niega la existencia de un tipo de homicidio o lesiones por no poder imputarle el resultado a alguien como garante o en comisión por omisión cuando media una decisión plenamente libre y responsable de la víctima.

382 Doctrina absolutamente mayoritaria en Alemania: BEULKE/MAYER, JuS 87, p. 128; BOTTKE, GA 83, p. 33; CHARALAMBAKIS, GA 86, pp. 502 ss.; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 246 s.; DÖLLING, JR 90, p. 477; DREHER/TRÖNDLE, StGB, antes de 211/6; ESER, Schönke/Schröder, antes de 211 ss./41, 43, con abundantes referencias; FREUND, Erfolgsdelikt, p. 200; GALLAS, JZ 60, p. 689 (posición contraria anteriormente en JZ 52, p. 370); HIRSCH, JR 79, pp. 431 ss.; JAKOBS, PG, 29/54, 70, 99; KREY, PE, 1/83, 90, con más referencias; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/69; MAURACH/SCHRODER/MAIWALD, PE, 1/22; OTTO, Jura 84, p. 538; el mismo, PE, § 6 III 1 d), con más referencias; el mismo, Jura 87, pp. 256 s.; el mismo, PG, § 9 II 1 d); ROXIN, Täterschaft, p. 476; el mismo, Dreher-FS, p. 355; el mismo, NStZ 84, p. 412; el mismo, LK, 25/117; RUDOLPHI, Gleichstellungsproblematik, p. 150; el mismo, SK, antes de 1/79 a; SCHMITT, JZ 84, p. 868, que señala que la eutanasia pasiva es siempre impune; SCHÜNEMANN, NStZ 82, p. 62; el mismo, ZStW 96, p. 307, con más referencias; STREE, JuS 85, pp. 181 s.; el mismo, Schönke/Schröder, 13/22; WELZEL, PG, p. 281; WESSELS, PE, 1 IV 1; WOLTER, NStZ 93, p. 8, desde una perspectiva constitucional. Una extensísima relación de los autores alemanes que comparten esta posición se puede encontrar en HERZBERG, ZStW 91, p. 563, nota 19. No comparten esta posición mayoritaria, BLOY, Beteiligungsform, pp. 146 ss.; HERZBERG, Unterlassung, pp. 265 ss., con una idea que ha ido defendiendo en publicaciones posteriores (por ejemplo, en Täterschaft, pp. 84 ss., 90, ZStW 91, pp. 565 ss., JA 85, pp. 177 ss., 336, 344 y JZ 86, pp. 1024 s., que de forma distinta a la doctrina mayoritaria entiende que existen deberes de garante basados en la función de protección de bienes jurídicos que obligan incluso a evitar autolesiones libres y responsables y lo que sucede es que en ciertos casos concretos estas conductas que son típicas, pueden no ser antijurídicas). Sobre la discusión, cfr. DREHER/TRÖNDLE, StGB antes de 211/6; GROPP, NStZ 85, pp. 100 s.; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 205 ss.

El T. S. alemán le ha hecho caso a la doctrina y en la sentencia BGH NStZ 88, p. 127 se ha señalado que las decisiones libres y responsables de los que deciden autolesionarse deben tener un mayor significado jurídico que el otorgado en un principio por la sentencia BGHSt 32, pp. 357 ss. (Cfr. ROXIN, Täterschaft, p. 599). Sobre el progresivo acercamiento de la jurisprudencia alemana a las tesis de la doctrina mayoritaria, CHARALAMBAKIS, GA 86, p. 503; ESER, Schönke/Schröder, antes de 211 ss./42 s. Vid., por ejemplo, los fundamentos jurídicos de la sentencia del OLG Düsseldorf recogida en NJW 73, p. 2216, que coinciden con lo expresado en el texto. Sin embargo, la posición de la jurisprudencia alemana también se ha alejado alguna vez de las posiciones defendidas en la literatura y compartidas en este trabajo (cfr. GROPP, NStZ 85, p. 103, con un amplio estudio jurisprudencial anterior).

Vid. el comentario de HIRSCH, JR 79, pp. 429 ss. a la sentencia recogida en JR 79, p. 429, a la que se refieren también OTTO, Jura 74 y ROXIN, NStZ 84, p. 412. Tanto los fundamentos jurídicos de la sentencia como los comentarios de estos prestigiosos autores muestran la base del problema: ¿Cuáles son los límites de las posiciones de garante?

En España esta posición es defendida por DEL ROSAL, ADP 87, pp. 96 s.; DIAZ RIPOLLES, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, pp. 234, 238; GRACIA, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 87, de forma demasiado radical, ya que no matiza que pasa en los supuestos de suicidios

3. ¿ Cabe hablar, sin embargo, de la realización de un tipo de homicidio o lesiones cuando alguien favorece o motiva una autolesión por parte de una persona libre y responsable ? En ciertos casos que tienen una estructura paralela a los supuestos ya vistos de « autoría mediata » se le puede imputar directamente a un tercero el riesgo creado por la propia víctima. Se trata de supuestos en los que la víctima se encuentra inmersa en un error inevitable sobre el hecho imputable a un tercero o cuando la víctima actúa motivada por un estado de necesidad imputable a un tercero³⁸³.

4. Cuando alguien crea un riesgo para sí mismo y no conoce su alcance por una razón imputable a un tercero nos encontramos ante la realización de un delito puro de resultado³⁸⁴. Bien porque el tercero ha producido ese error o porque se aprovecha de un

de menores de edad o enajenados mentales; SILVA, ADP 87, pp. 473 s. Otro sector importante de la doctrina considera que el garante puede responder como cooperador con el suicidio (vid. por todos, BAJO, PE, p. 79). Yo considero que aunque esta última posición era asumible con el antiguo art. 409, con la actual regulación del auxilio al suicidio ya no es sostenible de acuerdo con una interpretación teleológica del art. 143 que conduce a la eliminación de la posibilidad de una cooperación necesaria o « coautoría » por omisión, por lo que estos supuestos serían totalmente impunes. En mi opinión, no sólo no existe un homicidio o asesinato, sino que tampoco se dan los requisitos típicos del art. 143, de acuerdo con una interpretación global de este precepto. Aunque el apartado 2º del art. 143 sólo exige que la cooperación sea necesaria, es preciso exigir también que sea activa y directa, para evitar sinsentidos. Sería absurdo que una cooperación necesaria no activa (omisión) no obtuviera los privilegios del apartado 4º si se dan los requisitos exigidos en el mismo, y tuviera que pensarse a través del apartado 2º con una diferencia muy considerable de pena. Por ello lo más lógico es pensar que en el art. 143, 2º y 3º se contempla sólo el castigo de las formas activas de cooperación. Cfr. JUANATEY, PJ nº 28; la misma, Suicidio, p. 121. Esta postura es consecuente con la mantenida en el texto sobre la inexistencia de una posición de garantía frente a autolesiones libres, serias, responsables y conscientes. Además, considero que el art. 11 C. P. establece reglas generales de imputación sólo para los tipos que consisten única y exclusivamente en la producción o causación de un resultado (tipos puros de resultado -homicidio y sus formas, lesiones, daños-), y no para todos los tipos de resultado (estafa, inducción a y cooperación con el suicidio, etc.), por lo que la posibilidad del engaño bastante o de ejecutar la muerte por omisión debe deducirse del tenor de estos elementos típicos y no se puede acudir a las reglas generales de la comisión por omisión del art. 11 que están pensadas sólo para los tipos puros de resultado. Por ello tesis tan interesantes como la de JUANATEY en su monografía sobre el suicidio y la eutanasia con respecto al art. 409 del anterior C. P. (resumida en p. 399), ya no son asumibles a mi entender con la nueva regulación de la comisión por omisión en el C. P.

La posición de la Jurisprudencia sobre la omisión en el suicidio es recogida por BERDUGO, Omisión, pp. 355 ss.

³⁸³ ESER, Schönke/Schröder, antes de 211 ss./37; FRISCH, Verhalten, pp. 224, 226, 229; HASSEMER, JuS 84, p. 148; HORN, SK, 212/10, con más referencias; JESCHECK, PG, 62 II 1; OTTO, PE, 6 III 1 c), con más referencias; SOWADA, Jura 85, p. 77; WELZEL, PG, p. 281; WESSELS, PE, 1 IV 2.

³⁸⁴ AMELUNG, Autoría mediata, p. 324; CHARALAMBAKIS, GA 86, pp. 496, 498, con más referencias; ESER, La Ley 90-2, p. 1132, con respecto al doping; GIMBERNAT, Estudios, p. 277; GÖBBEL, Einwilligung, pp. 119 ss.; HOHMANN/KÖNIG, NStZ 89, p. 305; JAKOBS, PG, 21/77 ss.; JUANATEY, Suicidio, p. 205; M. K. MEYER, Ausschluß der Autonomie, passim, en especial, pp. 135 ss., en la monografía más extensa sobre esta modalidad de imputación; MUÑOZ CONDE, ADP 87, pp. 311 ss.; el mismo, PE, p. 75; OTTO, Jura 87, p. 256; PRITTWITZ, JA 88, p. 433; STRATENWERTH, PE, 1/49; TURNER, MDR 91, p. 572, con respecto al doping; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 185 ss.; ZACZYK, Selbstverantwortung, p. 35, nota 125, con más referencias.

error ya existente en el « instrumento » y lo utiliza en su contra³⁸⁵. En estos casos el « hombre de atrás » manipula la situación bien para que la víctima en virtud de ese error se autolesione o bien para que convierta un error latente o inocuo en una situación de riesgo. Por ejemplo, la víctima se toma una taza de café en la que se ha vertido un veneno. Como en los casos ya vistos de autoría mediata, el error tiene que ser inevitable, ya que si es evitable no se puede hacer a un tercero más responsable de lo que lo es la persona que sufre el error. Cuando el error es evitable no se puede decir todavía que la lesión no es fruto de una decisión libre y responsable del que la sufre, al igual que los delitos imprudentes suponen una decisión libre y responsable del autor imprudente. Existe una autolesión cuando el error no es exclusivamente imputable a un tercero, sino también a la víctima.

En estos supuestos sí puede existir una posición de garante frente a una persona libre y responsable mientras ésta no conozca exactamente el alcance de su actuación. Incluso aunque la víctima se comporte de forma descuidada³⁸⁶. Esa posición de garante puede derivarse de la función social del Estado (funciones de policía, personas responsables de la prevención de riesgos laborales³⁸⁷, etc.) o de que un particular ha asumido una función de protección que descarga a otras personas de extremar sus medidas de cuidado (guía de montaña, monitor o profesor de una actividad peligrosa³⁸⁸, taller mecánico³⁸⁹, etc.). En este último caso la relación de protección tiene su origen en una especialización profesional. Estas posiciones de garante son especialmente importantes en ámbitos con riesgos-tipo en los que ciertas personas disfrutan de una visión más completa o especializada de una determinada actividad. Por ejemplo, los supuestos de tratamientos médicos o relaciones profesionales entre médico y paciente³⁹⁰,

Un ejemplo de esta modalidad de homicidio o lesiones se puede encontrar en la S. T. S. de 27 de febrero de 1968 (Pte. Escudero).

³⁸⁵ Sobre la indiferencia del origen del error a efectos de imputación, M. K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie*, pp. 6 s. En sentido contrario, JUANATEY, *Suicidio*, p. 202.

³⁸⁶ JAKOBS, PG, 29/54.

³⁸⁷ ARROYO, *Seguridad en el Trabajo*, pp. 180 ss.; CORCOY, *El delito imprudente*, p. 356; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 225, con abundantes referencias; JAKOBS, PG, 29/54; LASCURAIN, *Seguridad e higiene*, pp. 331 ss. y *Deber de garantía del empresario*, pp. 224 ss., sobre el deber de garantía del empresario y las autopuestas en peligro por parte de los trabajadores. Por ejemplo, el empresario tiene el deber de informar y formar a sus trabajadores para prevenir riesgos u autolesiones.

Sin embargo, también en este ámbito de la vida social las posiciones de garante tienen límites cuando el suceso sólo se puede explicar como una autolesión o autopuesta en peligro, como ha puesto de manifiesto el T. S. en numerosas sentencias: vid., entre otras, SS. T. S. de 22 de marzo de 1976 (Pte. Escudero), 2 de noviembre de 1976 (Pte. Gil) y 13 de noviembre de 1977 (Pte. Vivas).

³⁸⁸ MUÑOZ CONDE, ADP 87, p. 312.

³⁸⁹ FRISCH, NSIZ 92, p. 64.

³⁹⁰ DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 225; FRISCH, *Verhalten*, pp. 194 ss.; el mismo, NSIZ 92, p. 64; el mismo, *Tipo*, p. 137; KAMPS, *Arbeitsteilung*, pp. 171 ss.; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/77; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 107 s.; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 210; WILHELM, *Jura* 85, p. 186.

los peligros que conllevan ciertos productos existentes en el mercado³⁹¹, la enseñanza de la utilización de armas de fuego en el servicio militar, la organización de espectáculos de masas o de un evento multitudinario³⁹², las atracciones de feria, etc. Se trataría de un ámbito que podríamos definir en sentido amplio como de « responsabilidad por el producto o por el servicio defectuoso o peligroso »³⁹³, que gira alrededor de la

Debido a la posición de garante del médico en virtud de su posición de preeminencia la doctrina española ha desarrollado el contenido, objeto y límites del deber de información de los médicos (de la GANDARA, Consentimiento, pp. 229 ss.; JORGE BARREIRO, Imprudencia, pp. 50 s.; 88 ss., con amplias referencias; el mismo, CPC 82, pp. 26 ss.; el mismo, Derecho a la información, *passim*; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, CPC 95, pp. 458 ss.; MUÑOZ CONDE, PE, p. 115; ROMEO CASABONA, El médico, pp. 47 s.; VIANA/DE SAS, La Ley 96, nº 3990, *passim*). En Alemania este tema ha recibido un tratamiento extensísimo (vid. a título de ejemplo la literatura recogida en BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, p. 76, nota 40, ENGISCH, Aufklärungspflicht, p. 43 y KAMPS, Arbeitsteilung, p. 108, nota 7). Este extenso tratamiento se ha visto impulsado porque el tema ha sido tratado en profundidad por la Jurisprudencia, tanto civil como penal, alemana

Para determinar los límites del deber de información que tiene el médico como garante deben tenerse en cuenta las circunstancias subjetivas del paciente (nivel cultural, edad, situación familiar o personal, etc., al respecto JORGE BARREIRO, Imprudencia, p. 92 y CPC 82, p. 30, ROXIN, PG, 13/56 y VIANA/DE SAS, La Ley 86, nº 3990, pp. 2 s.).

Sobre los problemas que se presentan en supuestos excepcionales en los que el paciente rechaza de forma tácita la verdad o ésta es perjudicial para el tratamiento -información contraindicada- (por ejemplo, se pueden dar situaciones de pánico), ESER, ZStW 97, pp. 21 s.; el mismo, Schönke/Schröder, 223/42; ENGISCH, Aufklärungspflicht, pp. 36 ss.; de la GANDARA, Consentimiento, pp. 232 ss.; GRÜNWALD, ZStW 73, pp. 26 ss.; JAKOBS, PG, 14/7, con abundantes referencias; JORGE BARREIRO, Imprudencia, pp. 51, 91, 94, CPC 82, pp. 29, 32, y Derecho a la información, p. 161, con abundantes referencias; ARTH. KAUFMANN, ZStW 73, pp. 362 s.; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, CPC 95, pp. 461 s.; PROSKE, Aufklärungspflicht, p. 109 s., con abundantes referencias; SIEBERT, Therapiefreiheit, pp. 120 s., 124, con más referencias; ULSENHEIMER, Arztstrafrecht, pp. 64 s., 85. El Código Español de Deontología médica establece que « en principio, deberá revelarse al paciente el diagnóstico; no obstante, puede ser legítimo no comunicar al enfermo un pronóstico grave o fatal. En cualquier caso, el médico actuará en esta materia con gran delicadeza, circunspección y sentido de la responsabilidad » (art.25. 1º). También considera que « el médico debe informar las razones de cualquier medida diagnóstica o terapéutica, si ello le fuere solicitado, siempre de forma que no resulte perjudicial para el enfermo » (art. 22). No es posible detenerse en esta cuestión excepcional porque se trata de una cuestión a resolver mediante el recurso a una causa de justificación (cfr. ENGISCH, Aufklärungspflicht, pp. 36 ss.; JORGE BARREIRO, Imprudencia, p. 94).

Un supuesto jurídicamente interesante en este ámbito es la preparación de deportistas de alto nivel, sobre todo en lo que respecta a la ingestión de productos químicos o medicamentos (cfr. DONATSCH, SchwZStR 90, pp. 403 s., 406, 430, nota 101; ESER, La Ley 90-2, p. 1132; KOHLHAAS, Sport und Recht (coord. por SCHROEDER), pp. 50 ss.; TURNER, MDR 91, p. 572).

³⁹¹ DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 227, nota 203; FREUND, Erfolgsdelikt, pp. 214 ss.; FRISCH, Verhalten, pp. 194, 199 ss.; el mismo, NSIZ 92, p. 64; el mismo, Tipo, p. 137.

En este ámbito se pueden tratar también los problemas relacionados con la responsabilidad de médicos y personal sanitario que trabaja con hemoderivados o donaciones de órganos o semen por la transmisión de enfermedades como el SIDA. Sobre este tema, EICHHOLZ, NJW 91, *passim* y SPIEKHOFF, JZ 91, *passim*, desde la perspectiva de la doctrina civil.

³⁹² Conciertos de música popular, partidos de fútbol, carreras de coches, pistas de esquí, mítines políticos, etc. Con respecto a las pistas de esquí, PADRUIT, Sport und Recht (coord. por SCHROEDER), pp. 106 ss.

Vid. por ejemplo, las consideraciones de la S. T. S. de 20 de noviembre de 1989 (Pte. Puerta) con respecto a los deberes de protección con los espectadores que tienen los organizadores de carreras automovilísticas. En esta sentencia se llega a considerar que « tampoco cabe ignorar la conducta de los propios espectadores , al situarse en lugar peligroso » pero se añade que « ello debe ponderarse adecuadamente en conjunción con las obligaciones de los organizadores de la prueba ».

³⁹³ Por ejemplo, la sentencia alemana ya vista RGSt 61, p. 318, en el que alguien alquila una

introducción en el mercado de productos³⁹⁴ o la prestación de servicios e informaciones. El fundamento de la imputación en estos subsistemas en los que las víctimas potenciales se encuentran en una « situación de inferioridad » para prevenir riesgos³⁹⁵, se encuentra

vivienda que no dispone de unas medidas de seguridad mínimas contra incendios sería uno de estos supuestos, mientras los inquilinos no conozcan dichos defectos y teniendo conocimiento del peligro lo consientan. Si lo conocen estaremos ante un injusto administrativo pero no ante un injusto penal. En este caso los inquilinos conocen después de su llegada este defecto de construcción, pero el tribunal considera que no puede existir una « prohibición de regreso » porque no se trata de una autolesión dolosa.

Sobre la relevancia de estas cuestiones en el ámbito de la responsabilidad por el producto, HILGENDORF, *Produzentenhaftung*, p. 131.

Sobre este ámbito del Derecho penal, se puede resaltar la siguiente bibliografía como la más interesante desde el punto de vista de la imputación en los delitos de resultado: FRISCH, *Verhalten*, pp. 199 ss.; KUHLEN, *Produkthaftung*, passim; el mismo, *NStZ* 90, passim; SCHMIDT-SALZER, *NJW* 88, passim; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 116 ss. En Alemania el tema de la « responsabilidad por el producto » ha cobrado una enorme relevancia en esta década a raíz de la sentencia BGHSt 37, pp. 107 ss., conocida como « el caso del spray para cuero ». Sobre el tratamiento de la « responsabilidad por el producto » en la jurisprudencia alemana cfr. SCHMIDT-SALZER, *NJW* 1990, p. 2966. Esta sentencia ha desatado una enorme interés no sólo en comentarios específicos sobre la misma (BEULKE/BACHMANN, *JuS* 92, passim; BRAMMSEN, *Jura* 91, passim; HASSEMER, *JuS* 91, passim; HILGENDORF, *NStZ* 93, pp. 15 s.; KUHLEN, *NStZ* 90, passim; MEIER, *NJW* 92, passim; PUPPE, *JR* 92, passim; SCHMIDT-SALZER, *NJW* 88, passim), sino en obras que se han ocupado de forma más general de la problemática de la « responsabilidad penal por el producto » que se ha convertido en un ámbito del Derecho penal tan importante como el Derecho penal de la circulación o el Derecho penal de la actividad médico-quirúrgica. Sobre las cuestiones generales de la responsabilidad penal por el producto: HASSEMER, *Produktverantwortung*, passim; HILGENDORF, *Produzentenhaftung*, passim; VOGEL, *GA* 90, passim.

En tiempos más recientes ha ocupado también la atención de los especialistas la « sentencia del producto de protección para madera » (BGHSt, *JZ* 96, pp. 315 ss., con comentario de PUPPE en pp. 318 ss.).

En España, la sentencia de referencia para la « responsabilidad por la introducción de productos alimenticios en el mercado de consumidores » es la « sentencia de la colza » (S. T. S. de 23 de abril de 1992 -Pte. Bacigalupo-) que ya ha empezado a generar una literatura más amplia que la específica de los delitos contra la seguridad colectiva: HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Responsabilidad por el producto*, pp. 49 ss. y passim; PAREDES/RGUEZ, MONTAÑES, *El caso de la colza*, pp. 21 ss. y passim. Referencias a esta problemática de la « asunción autorresponsable del peligro » en el ámbito de la « responsabilidad por el producto » se puede encontrar en la « sentencia de la colza » en la Primera parte, Considerando séptimo.

La regulación del art. 3 de La Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, como desarrollo de lo dispuesto en el art. 51 I de la Constitución no deja lugar a dudas de la existencia de una posición jurídica especial del productor o el que presta un servicio: 1. Los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios, no implicarán riesgos para su salud o seguridad, salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización.

2. Con carácter general, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza y de las personas a las que van destinados, deben ser puestos en conocimiento previo de los consumidores o usuarios por medios apropiados, conforme a lo indicado en el artículo 13. f).

³⁹⁴ Sobre este concepto de introducción en el mercado: HORN, *NJW* 77, pp. 2329 s.; KUHLEN, *Produkthaftung*, pp. 23 s. Nuestro C. P. utiliza los siguientes sinónimos: despachar, suministrar, comerciar, expender, destinar al uso por otras personas, vender, traficar (cfr. arts. 359 ss. C. P.). Se trata de un concepto amplio en el que caben tanto comportamientos onerosos o gratuitos (empresa que regala como promoción muestras de sus cosméticos) como lícitos o ilícitos (tráfico de armas o de drogas, venta ilegal de sangre humana).

Sobre los deberes penales de protección frente a los consumidores: S. T. S. de 20 de febrero de 1993 (Pte. Conde-Pumpido).

³⁹⁵ FRISCH, *Verhalten*, p. 195. Se muestra de acuerdo, WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 210,

en la especial relación de confianza que hace que alguien pueda seguir un tratamiento, utilizar un producto de limpieza o asistir a un concierto de un cantante famoso sin tener que asegurarse o preocuparse de que lo que está haciendo es peligroso, mientras no se le indique lo contrario³⁹⁶. En una sociedad altamente compleja, tecnificada y especializada todos somos unos incompetentes sectoriales o parciales³⁹⁷. Por ejemplo, la autolesión es imputable al fabricante, empresario o productor aunque se cumplan todas las otras medidas de seguridad preceptivas, si se omiten las instrucciones pertinentes o necesarias para utilizar el producto dentro de unos límites tolerables de riesgo (por ejemplo, que un material es fácilmente inflamable, un producto de limpieza tiene efectos tóxicos en lugares cerrados o que un medicamento tiene determinados efectos secundarios)³⁹⁸. Por el contrario, evidentemente, no se le podrá imputar el riesgo al « hombre de atrás » si carecía de ese carácter de garante. Por ejemplo, A se encuentra enferma y su vecina B le dice que sus males tienen pronta curación con un remedio casero que ella conoce y no es preciso que acuda al médico. A muere por no recibir asistencia médica a tiempo. La conducta de B sería impune³⁹⁹, ya que no existe una posición especial que pueda fundamentar la imputación por encima de la decisión de la víctima. Y ello aunque la conducta de B se pueda calificar de imprudente o descuidada. En casos en los que aunque se tenga una posición de garante el riesgo sólo es imputable a la víctima porque, por ejemplo, utiliza indebidamente un producto de droguería⁴⁰⁰, el garante tampoco realizará

considerando que existe un « dominio sobre la decisión ». Sin embargo, para imputar el riesgo en estos supuestos, hay que fundamentar en qué consiste ese dominio. Esta explicación es la que ha intentado llevar a cabo FRISCH y la que intento yo llevar a cabo en el texto. La referencia general a un « dominio sobre la decisión » no es suficiente.

³⁹⁶ SS. T. S. de 12 de diciembre de 1974 (Pte. Díaz Palos); 20 de febrero de 1993 (Pte. Conde-Pumpido), que considera que « ni es usual ni es razonablemente exigible la adopción de medidas de « autoprotección » frente a riesgos que excedan de las relaciones sociales y el tráfico de la vida ».

CRAMER, Schönke/Schröder, 15/158; FREUND, Erfolgsdelikt, p. 219; FRISCH, Verhalten, pp. 223, 227 s.; el mismo, NStZ 92, p. 64; LENCKNER, Engisch-FS, p. 507; el mismo, Schönke/Schröder, antes de 13 ss./101 a; REYES, Imputación, pp. 170 s.

La literatura especializada en la « responsabilidad por el producto » ha asumido, al igual que se había desarrollado anteriormente en materia civil, que existen no sólo deberes de construcción, fabricación y observación del producto, sino que también son decisivos en este ámbito los deberes de información sobre los peligros que encierran los productos que se introducen en el mercado (cfr. KUHLEN, NStZ 90, p. 567, que ya había desarrollado de forma intensa la diferenciación de los diversos deberes en su monografía anterior, que se ha convertido en un clásico en este ámbito). El fabricante no sólo tiene que realizar pruebas contrastadas del producto, sino también avisar de aquellos riesgos que acarrea la utilización del producto que no se puedan considerar como obvios.

³⁹⁷ GARZON, Doxa nº 5, pp. 165 ss.

³⁹⁸ KUHLEN, Produkthaftung, pp. 17 s., 96, 123 s.

³⁹⁹ CRAMER, Schönke/Schröder, 15/158; FRISCH, NStZ 92, p. 64; el mismo, Tipo, pp. 137 s.; LENCKNER, Engisch-FS, pp. 505, 507; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/77; SCHUMANN, Selbstverantwortung, p. 108; TURNER, MDR 91, p. 572, con respecto a supuestos de doping en el ámbito del deporte; ZIELINSKI, AK, 15,16/104.

⁴⁰⁰ FRISCH, Verhalten, p. 221, señalando también como la doctrina civil sobre « responsabilidad por el producto » niega la responsabilidad civil del productor en estos casos.

Las ideas del texto, centradas en el alcance de los tipos puros de resultado, son susceptibles de

un tipo penal. La conducta de la persona perjudicada puede suponer, pues, un límite objetivo a la hora de imputarle una situación a un garante. Así, por ejemplo, los deberes de instrucción sólo tienen que ir referidos al riesgo especial fruto de la fabricación del producto, sin tener que tomar en consideración utilizaciones ajenas a la función del producto o utilizaciones en circunstancias anómalas de peligrosidad (por ejemplo, utilizar un pegamento como sustancia psicotrópica, hacer cócteles utilizando colonia, afeitarse con una maquinilla eléctrica al mismo tiempo que se está en la ducha o utilizar el líquido desatascador del W. C. para fregar platos)⁴⁰¹. Aunque es preciso reconocer que más allá de los ejemplos ofrecidos, en los « casos límite » puede resultar extremadamente difícil determinar qué es una utilización incorrecta del producto por parte del consumidor. Pero esta determinación ya supone un estudio detallado y no tiene que ver de forma directa con las reglas generales de imputación de riesgos. En general, pues, hay que afirmar que la introducción en el mercado de productos cuyo empleo o utilización encierra riesgos conocidos no puede suponer una conducta típica en la medida que el consumidor o usuario esté suficientemente informado sobre la dimensión del riesgo en el caso concreto. Ni siquiera aunque el tráfico de ese producto esté penado, como sucede con el tráfico de drogas⁴⁰². En otros casos, una persona asume unas medidas especiales de protección en las que los terceros pueden confiar. Si esas medidas de protección no existen, el riesgo que corre la persona que confía es de exclusiva incumbencia de esa persona que ha asumido una posición de garante⁴⁰³. Por ejemplo, un trabajador del ferrocarril se hace cargo de avisar a sus compañeros que están trabajando en la limpieza de la vía cuando se acerque un tren, el fabricante de un automóvil asegura que éste dispone de frenos ABS y Air-Bag de serie cuando no es así, el constructor de una máquina anuncia de forma ostensible que ésta cumple todas las normas DIN alemanas y se produce un accidente por confiar el consumidor en dicha publicidad engañosa. Se trata de riesgos que una persona desencadena con sus promesas y que fundamentan una posición de garante con respecto a los mismos⁴⁰⁴.

En supuestos como éstos, en los que las personas que se encuentran en « situación de inferioridad » se encuentran además en una situación equiparable a la de

desarrollo en tipos que contemplan autolesiones imputables al « hombre de atrás » como sucede con la estafa (cfr. FRISCH, Verhalten, pp. 216 s.; JAKOBS, PG, 21/80; KRATZSCH, Oehler-FS, pp. 73 s.).

⁴⁰¹ DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 227, nota 203; KUHLEN, Produkthaftung, p. 124; PADRUTT, Sport und Recht (coord. por SCHROEDER), pp. 111 ss., con respecto a las pistas de esquí.

⁴⁰² En estos casos no se está atentando contra un bien jurídico individual de una forma subsumible en un tipo objetivo, sino contra un bien jurídico estatal o comunitario.

⁴⁰³ DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 228 s.

⁴⁰⁴ JAKOBS, PG, 29/50.

semiinimputabilidad, las medidas de cuidado y de información que deben adoptar los garantes serán más exigentes.

Fuera de los casos señalados en el párrafo anterior, no es suficiente para imputar el riesgo al « hombre de atrás » el constatar que el que favorece o motiva la autolesión tiene un mejor conocimiento que el que se lesiona⁴⁰⁵. Hace falta algo más⁴⁰⁶. El tipo subjetivo

⁴⁰⁵ -----
DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 219, nota 170; FRISCH, Verhalten, pp. 211 ss., 223; HERZOG/NESTLER-TREMEL, StZ 87, p. 367; JAKOBS, PG, 21/68, 72, 78 s., con un instructivo ejemplo: ¿ Responde por lesiones el camarero que previene la resaca que va a tener el cliente si éste ni siquiera se lo plantea ?; el mismo, GA 96, p. 267; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 13 ss./101 a; M. K. MEYER, Ausschluß der Autonomie, pp. 54 s.; PUPPE, NK, antes de 13/181, considera que lo decisivo no es si la víctima sabe más o menos, sino si es suficiente lo que sabe; REYES, Imputación, pp. 168, 177; SIPPEL, NStZ 84, pp. 357 s.; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 156 ss., 176, 204. Posteriormente FRISCH, JuS 90, p. 370, NStZ 92, pp. 64 s. y Tipo, pp. 138 s., ha variado su opinión y se ha acercado a la doctrina mayoritaria en alemania contraria a la del texto.

SCHROEDER, LK, 16/183, señala como se hace precisa una mayor fundamentación de porqué los « conocimientos superiores » de un partícipe excluyen la autorresponsabilidad de otro.

Es llamativo que autores que mantienen la postura contraria consideren que pequeñas diferencias que vienen dadas, por ejemplo, por la diferencia de edad o experiencia no fundamentan la imputación (cfr. BEULKE/MAYER, JuS 87, p. 127; STREE, JuS 85, p. 183).

Esta idea es susceptible de desarrollo en tipos que contemplan autolesiones imputables por engaño al « hombre de atrás » (autorías mediatas tipificadas) como sucede con la estafa (cfr. FRISCH, Verhalten, pp. 216 s.).

⁴⁰⁶ En sentido contrario, la doctrina mayoritaria en lengua alemana, a raíz sobre todo de las sentencias BGHSt 32, pp. 262 ss. (p. 265); BGHSt 32, pp. 38 ss. (« caso Sirius »); NStZ 85, pp. 25 s.; NStZ 86, p. 266 (« caso del aguardiente de frutas »); NStZ 87, p. 406; BGHSt 36, pp. 1 ss.: BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 167 ss.; DREHER/TRÖNDLE, StGB antes de 13/19, 222/15 a; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 123, 157; HASSEMER, JuS 85, p. 148; HERZBERG, JA 85, pp. 269 s., 343; HORN, SK, 212/21 a; JÄHNKE, LK, 222/21; JESCHECK, PG, 54 IV 3; KIENAPFEL, JZ 84, p. 752; KÖHLER, ZStW 104, p. 25; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/69; NEUMANN, JuS 85, pp. 680 s.; OTTO Tröndle-FS, p. 174; RENGIER, Jura 89, p. 230; ROXIN, PG, 11/92; el mismo, LK, 25/115; RUDOLPHI, SK, antes de 1/79 b; SCHÜNEMANN, JR 89, p. 91; el mismo, SIDA, p. 43; el mismo, Probleme des AIDS-Komplexes, pp. 110 ss.; STREE, JuS 85, p. 183; WESSELS, PE, 1 IV 2; ZIELINSKI, AK, 15,16/104.

En contra de esta doctrina, JAKOBS, PG, 21/nota 142 h.

STRUENSEE, JZ 87, p. 59, utiliza esta excepción para criticar la « teoría tradicional de la imputación objetiva ».

Como señala SCHÜNEMANN, la doctrina alemana es coherente en este sentido, al utilizar las mismas reglas de imputación del « hombre de atrás » con respecto a las autolesiones que las utilizadas para la imputación de hechos delictivos. Este autor señala como « según doctrina desde hace tiempo indiscutida, el dominio del conocimiento concurre en todo caso cuando sólo el hombre de atrás, por su superior conocimiento, y no el instrumento, actúa con dolo respecto a la lesión del bien jurídico, y el legislador ha acogido inequívocamente este principio en el StGB al haber limitado, en los §§ 26 y 27, la (sola) responsabilidad a título de partícipe a la cooperación en un hecho principal doloso » (SIDA, p. 43). Una utilización coherente y sistemática de las reglas de imputación en este sentido no es precisa en nuestro Derecho, ya que la regulación de la autoría y participación difiere de forma radical. Como he defendido más arriba, en el Derecho español los requisitos de la autoría mediata pueden diferir, y de hecho he defendido esa diferencia por tener las reglas de imputación en nuestro Derecho positivo una carga menos subjetiva. Por ejemplo, cabe la participación en un hecho imprudente que ha sido abarcado dolosamente por el que favorece o motiva el hecho incluso en sus consecuencias lesivas. Ya he defendido que no es suficiente para imputar un delito al « hombre de atrás » el disfrutar de mayores conocimiento en el caso concreto. Existen además requisitos objetivos. Por ejemplo, la ignorancia del « instrumento » o la vinculación de una ignorancia ya existente en el « instrumento » con su quehacer peligroso ha de ser imputable al « hombre de atrás ». Coherentemente, lo mismo que he defendido para la imputación de

no puede suplir la falta de requisitos objetivos necesarios para la imputación. El conocimiento defectuoso de una persona que se autolesiona no es por sí solo una razón para imputarle el riesgo a otra persona. Ni siquiera es suficiente para imputar un hecho a alguien como autor de un delito puro de resultado que la víctima actúe conforme a lo previsto por otro participante en el hecho, ya que todavía no se puede hablar de una instrumentalización⁴⁰⁷. Es preciso que el defecto del conocimiento sea imputable al « hombre de atrás » o éste se aproveche de un defecto cognitivo anterior. Por ejemplo, en los siguientes casos no se podría imputar el riesgo ni la lesión a la persona no lesionada: A, que conoce perfectamente el estado del hielo de un lago helado, reta a B para que atraviese el lago a pie. Éste, viéndose ofendido por las dudas sobre su valentía, decide cruzar el lago andando sin comprobar el estado del hielo. Cuando ha avanzado unos metros el hielo no soporta el peso y se rompe, muriendo B⁴⁰⁸. Dos personas realizan una apuesta sobre quien puede beber más bebidas alcohólicas sin caer en un coma etílico y una de ellas tiene un mayor conocimiento de los peligros que conlleva la ingestión indiscriminada de bebidas alcohólicas. El empleado de la gasolinera percibe mejor la extrema peligrosidad que supone viajar en el automóvil al que está echando gasolina que su ocupante⁴⁰⁹. Alguien le deja un martillo a otra persona para que clave un clavo en la pared, dándose cuenta de que tal y como lo va a intentar el otro se va a lesionar el dedo⁴¹⁰. Estos ejemplos nos demuestran que no son suficientes para la autoría mediata los meros « conocimientos superiores »⁴¹¹. Entre otras razones porque la realización del tipo pasa a convertirse en algo casual que no depende de lo que hace una persona, sino de lo

delitos lo definiendo en estas páginas para la imputación de autolesiones, al igual que lo hace la doctrina alemana partiendo de una regulación distinta que le obliga a llegar a consecuencias distintas.

⁴⁰⁷ DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 193, nota 90.

⁴⁰⁸ Si variamos el ejemplo también variará la solución: A ha roto previamente el hielo y disimula tal estado del lago para poder convencer a B. En este caso, aunque también existe un error imputable a la víctima, a B le es imputable el riesgo creado mediante la rotura del hielo. En este caso A ya no puede alegar que lo que ha hecho B es una conducta autorresponsable que no tiene que ver con él. Hay algo más que una inducción a una autolesión, por lo que B responde del « exceso » que él ha creado con su comportamiento anterior (injerencia).

⁴⁰⁹ Llegan a la misma conclusión con distintas fundamentaciones: FRISCH, Verhalten, p. 198; HERZBERG, JA 85, p. 272; JAKOBS, PG, 7/52; STREE, JuS 85, p. 181.

⁴¹⁰ JAKOBS, GA 96, p. 267.

⁴¹¹ Sí sería posible subsumir estas conductas dentro de la omisión del deber de socorro por suponer la infracción de unos deberes mínimos de solidaridad.

Por ello es rechazable la aplicación que OTTO, Maurach-FS, pp. 95 ss., en especial, pp. 99 s, NJW 74, pp. 532 s., NJW 80, p. 422, Jura 84, pp. 539 s. y PG, 6 III 2 c), da a estos casos mediante su teoría de la « posibilidad de dominar » como fundamento de la imputación, que sólo se ve interrumpida cuando existe una autolesión plenamente libre y consciente. La posición de OTTO se puede resumir en esta frase: « El que exclusivamente motiva, favorece o facilita la autopuesta en peligro a través de otro no domina el suceso ni actual ni potencialmente si el otro, que se comporta con pleno conocimiento del riesgo y libremente, conduce, autoponiéndose en peligro, el proceso causal peligroso. Si se realiza el riesgo en su muerte es él el responsable por este resultado, pero no aquél que ha motivado, favorecido o facilitado la autopuesta en peligro ».

inconsciente, imprudente y temerario que sea un tercero (el perjudicado). Es un sinsentido considerar que los farmacéuticos realizan un tipo de homicidio cuando venden una jeringuilla a alguien con « aspecto de drogadicto » porque siempre disponen de una mejor información sobre los efectos de las drogas. En definitiva, los « conocimientos superiores » no se pueden considerar un criterio general de imputación válido.

No puedo estar de acuerdo, sin embargo, con JAKOBS⁴¹² y su discípulo GÖBBEL⁴¹³ que consideran que en los supuestos de consentimiento con base en un error imputable al « hombre de atrás », éste realiza el tipo correspondiente (homicidio, lesiones) pero el que lesiona o mata con consentimiento pero sin tener nada que ver con el defecto sólo realiza una omisión del deber de socorro. Es decir, el que lesiona con consentimiento viciado sólo realiza el tipo si él es el incumbente por el error que padece el que consiente. En mi opinión, al igual que sucede en los supuestos normales de autoría mediata, no sólo debe ser penalmente relevante la producción del defecto cognitivo, sino también aprovecharse de él para matar, causar una lesión o causar un daño. En este caso no se puede hablar de un suceso en el que sólo la víctima es responsable de lo que pase⁴¹⁴, sino de una colaboración típica como autor con el autor mediato⁴¹⁵. Del mismo modo, si un tercero colabora con la víctima engañada se convierte en un cooperador del autor mediato si se dan los requisitos subjetivos suficientes. Por otro lado, lo normal es que cuando el error de la víctima no se debe a la intervención de un autor mediato el tercero asuma una posición de garante por delegación de la víctima, por lo cual no sólo realiza una omisión simple del deber de socorro. El que recibe un encargo o delegación de otra persona para administrar u organizar una parte de sus asuntos suele adquirir una posición de garante y asumir también « deberes de cuidado ». Por ello, si como garante se da cuenta de que cumpliendo el encargo existe una probabilidad de lesión que el que consiente no ha advertido y sigue adelante o no revoca el error, su responsabilidad va más allá del art. 195 C. P. y se habrá de imputar el resultado en virtud de lo dispuesto en la cláusula de equivalencia recogida en el art. 11 C. P. Por ejemplo, si una persona le

412 PG, 7/118 ss., 14/8.

413 Einwilligung, pp. 94 ss.

En nuestra doctrina de la GANDARA, Consentimiento, pp. 174 s. parece defender la misma posición. Así, afirma que « en los supuestos en los que no exista una competencia por parte del autor respecto del defecto en el consentimiento no se podrá fundamentar su responsabilidad penal, y esto incluso en los supuestos en los que el engaño o la intimidación procedan de un tercero pero el autor sepa de ellos ».

414 Otra cosa es que puede ocurrir que el que lesiona sea vea beneficiado por actuar en una situación de necesidad. Por ejemplo, una persona le pide a un amigo que le corte un dedo porque su hijo ha sido secuestrado y le piden ese sacrificio para devolvérselo sano y salvo. En este caso el amigo no realiza un injusto, pero no por el consentimiento que está viciado, sino por concurrir un estado de necesidad. Cfr. JAKOBS, PG, 21/90.

415 DIEZ RIPOLLES, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 224.

encarga a un vecino que le lleve el coche al taller, y éste se da cuenta de que el coche tiene un problema evidente de dirección y que existe una gran probabilidad de tener por el camino un accidente que dañe el coche, decidiendo de todas maneras conducirlo, los posibles perjuicios son sólo imputables al vecino que conduce el coche. Éste ha asumido el cuidado del coche. En estos dos casos considero, utilizando palabras de JAKOBS⁴¹⁶, que « el hombre de atrás tiene la incumbencia preferente, en relación a la víctima, de tomar el error en consideración ».

El error sobre los motivos para autolesionarse o autoponerse en peligro entendido como un error que afecta al proceso de formación de la decisión del lesionado es penalmente irrelevante mientras el que se perjudica a sí mismo tenga conocimiento de lo que hace o su error sobre el hecho sea imputable sólo a él. Esto es generalmente aceptado por la doctrina en el ámbito del consentimiento⁴¹⁷. Sólo son relevantes los errores sobre

⁴¹⁶ PG, 21/68.

⁴¹⁷ CASAS, Consentimiento, p. 86; CEREZO, PG II, p. 82; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 214 ss.; DIEZ RIPOLLES, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 217; ESER/BURKHARDT, Derecho penal, p. 277; GÖBBEL, Einwilligung, pp. 87 s.; HIRSCH, LK, antes de 32/121, con más referencias; JAKOBS, PG, 7/118; JESCHECK, PG, 34 IV 4; JUANATEY, Suicidio, p. 204; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 32 ss./46; M. K. MEYER, Ausschluß der Autonomie, pp. 174 ss., 182 ss., en profundidad, aunque llega a una conclusión distinta en los supuestos de suicidio en pp. 227 ss. (cfr. KÜPER, JZ 86, p. 227); MIR PUIG, PG, p. 565; ROXIN, Noll-FS, pp. 283 ss.; el mismo, PG, 13/66; SCHMIDHÄUSER, PG, 8/137, que lo considera doctrina unánime; ZACZYK, Selbstverantwortung, p. 45. En contra, CRAMER, Schönke/Schröder, 25/11; HERZBERG, Täterschaft, pp. 40 s., con más referencias; JUANATEY, Suicidio, p. 150, al considerar que si existe un error en cuanto a los motivos de la acción no se puede hablar de suicidio; ULSENHEIMER, Arztstrafrecht, p. 48; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 198 ss. KÜHNE, JZ 79, pp. 245 s., realiza diversas matizaciones sobre los errores sobre los motivos que cobran o no relevancia jurídico-penal.

MUÑOZ CONDE, ADP 87, pp. 303 ss., mantiene una posición dudosa. Tiene razón al considerar que no es lo mismo inducir al suicidio con motivaciones reales o inducir de forma engañosa o fraudulenta dando motivos falsos o datos falsos sobre la realidad y que aunque « apenas existen dificultades para incluirlos en el artículo 409 », « queda un sentimiento de insatisfacción y al mismo tiempo, de injusticia si se tiene en cuenta que, a diferencia de lo que sucede en los casos « normales » de inducción y ayuda al suicidio, en éstos el suicida aparece como una marioneta, estafado en su decisión por un tercero que, abusando de su ingenuidad y buena fe, decide desembarazarse de él ». Tiene razón también al considerar que el mayor rechazo que plantean estos casos de engaño con respecto a los motivos del suicidio no se pueden traducir en una imputación ficticia del hecho al hombre de atrás si ésta no se puede construir de una forma dogmáticamente asumible sin infringir el principio de legalidad. Se trata más bien de una cuestión que tiene que ver con la determinación de la pena. Si el hecho es más grave porque el inductor o cooperador necesario ha abusado de una posición de superioridad o de una relación de confianza el desvalor de esos datos está recogido en las circunstancias 1ª y 6ª del art. 22 C. P. En un sentido similar, JUANATEY, Suicidio, pp. 204 s.; MUÑOZ CONDE, ADP 87, p. 316, llega a una conclusión similar a la defendida en el texto (« De un modo abstracto y apriorista, sólo la provocación de un error sobre la cualidad letal de la acción o sobre el hecho mismo de la muerte, puede fundamentar una autoría mediata del que provoca este tipo de error y con ello un asesinato. La provocación de error sobre el sentido mismo de la acción suicida, por el contrario, todo lo más puede ser castigada como inducción o ayuda al suicidio »). Sin embargo, a la hora de concretar su posición en un caso concreto (« caso Sirius »), no queda claro porqué alguien que se autolesiona « dolosamente » puede sufrir un error sobre el hecho mismo de la muerte. Desde luego la posición que se defiende en este trabajo se encuentra muy cercana a la de MUÑOZ CONDE, difiriendo sólo en aquellos « casos límite » en los que la víctima no cree en su muerte aunque se está suicidando.

Estas diferencias vienen condicionadas, en gran medida, por la falta de « normalidad » de estos casos.

Con respecto a esta posición de MUÑOZ CONDE hay que señalar que el tratamiento de la cuestión de la delimitación entre autopuesta en peligro y autoría mediata (homicidio o asesinato) ha tenido un especial auge en la doctrina alemana, que posteriormente se ha trasladado a la doctrina española, a raíz de la sentencia BGHSt 32, pp. 38 ss. (« caso Sirius »), en la que se narra como A psicológicamente dependiente de B se cree la historia fantástica que éste le narra y decide suicidarse. B le cuenta que es un habitante de la estrella sirius y que los habitantes de esta estrella son una raza más desarrollada filosóficamente que los terrestres. B le cuenta también que tiene la misión de conseguir que seres humanos valiosos, entre ellos A, puedan seguir viviendo en Sirius u otro planeta después de destruir su cuerpo. A sigue las indicaciones de B - incluyendo la firma de un seguro de vida a su favor - e intenta suicidarse repetidas veces pero no lo consigue. B fue condenado, entre otros delitos, por asesinato frustrado y lesiones dolosas por utilizar a A como « instrumento » contra sí misma. El punto central de la cuestión para diferenciar entre inducción al suicidio u homicidio se encuentra en que A cree que su cuerpo va a desaparecer, que su alma se va a reencarnar en otro cuerpo y que así va a poder seguir viviendo en otro planeta.

En esta sentencia se demuestra como A sabe lo que está haciendo (incluso firma un seguro de vida porque sabe que se va a morir) pero le da un sentido irracional al querer reencarnarse en otro cuerpo que le permita acceder a un mundo ideal. ¿ Sería asumible ese error si en vez de intentar suicidarse hubiera intentado matar a otra persona ? Por ello, si se considera este caso como un supuesto de error sobre los motivos, como yo creo, la conducta no será desvalorable como homicidio, sino como inducción al suicidio, que considero que es la calificación correcta. Es equivocada, a mi entender, la calificación de estos supuestos como de error sobre el hecho, como lo calificó la sentencia BGHSt 32, pp. 38 ss., ya que tal error no concurre, es una ficción. El hecho matar(se) depende de una determinación objetiva y no de la visión religiosa, trascendente o cosmológica que el autor tenga de ese hecho o quiera darle. En Alemania, algunos autores tienen que recurrir a considerar relevante el error sobre los motivos en casos como éste en el que la víctima se encuentra en una situación de responsabilidad disminuída porque tendrían que llegar a considerar impune esta conducta, como reconoce ROXIN, NSZ 84, p. 73, considerando que la solución del BGHSt es defendible políticamente por estas carencias del Derecho alemán (cfr. CHARALAMBAKIS, GA 86, p. 496). Ello es evidente, si tenemos en cuenta que con respecto a los supuestos de consentimiento no hay problemas, porque no existen lagunas de protección. Este problema político-criminal ha sido ya puesto de manifiesto en nuestra doctrina por MUÑOZ CONDE, ADP 87, p. 306 (« esta solución se debe más a la inexistencia en el Código Penal alemán de un precepto similar a nuestro artículo 409 que a una construcción dogmática sólidamente asentada en el concepto de autoría mediata ») y SILVA, ADP 87, p. 461 (« En Alemania, dado que la alternativa a la autoría mediata es la impunidad, razones político-criminales vienen conduciendo a un sector de la doctrina, de incidencia creciente, a considerar que el « error en los motivos », en la medida que afecte al « sentido de la acción », o sea « referido al bien jurídico », elimina la « libre responsabilidad » del suicida, convirtiendo al hombre de atrás en autor mediato »). Incluso algunos autores alemanes han llegado a defender de forma expresa unas reglas de imputación menos rígidas para estos supuestos que para los supuestos en los que se motiva un delito (M. K. MEYER, Ausschluß der Autonomie, pp. 227 ss.; NEUMANN, JA 87, pp. 249 ss., 256), ya que consideran que en general los suicidas son considerados socialmente como « menos responsables ». NEUMANN, por ejemplo, intenta delimitar los errores sobre los motivos penalmente relevantes de los penalmente irrelevantes, ya que en el ámbito de las autolesiones es posible afirmar una autoría mediata en virtud de un error en los motivos del « instrumento que se autolesiona ». Por el contrario MEYER renuncia a tal diferenciación y considera que cuando se trata de un suicidio todo error, incluso sobre los motivos, es penalmente relevante. Lo que sucede en realidad es que las lagunas del Derecho positivo obligan a construir unas reglas de imputación irracionales, incorrectas y que vulneran los principios generales de la imputación a personas libres y responsables. Ello es evidente en la argumentación de NEUMANN, JA 87, pp. 252 s., 256 (que SILVA, ADP 87, p. 462 considera convincente) que se introduce dentro de una línea que él denomina « social », entre las posiciones más rigurosas que defienden la indisponibilidad de la vida y las más liberales, y que se basa en los datos empíricos sobre suicidios que señalan la necesidad de ayuda y protección de los que se suicidan por su falta de libertad psíquica. Por ello considera que se debe extender la punición de conductas participativas en suicidios. En contra de estos autores, CHARALAMBAKIS, GA 86, pp. 495 s., nota 68; ROXIN, Täterschaft, p. 606 (contradiciendo su propia posición anterior de pp. 225 ss.); el mismo, LK, 25/106 ss. En el Derecho español nos son necesarias posiciones como las de M. K. MEYER o NEUMANN, ya que la inducción al suicidio es penalmente relevante. Además, los datos empíricos deben servir al legislador para llegar a soluciones adecuadas, pero no al aplicador del Derecho para cambiar el sentido de las normas penales y de las decisiones ya tomadas por el ordenamiento jurídico. Como ha señalado JAKOBS, PG,

21/nota 142, en conexión con lo ya dicho, « podría haber influido en el resultado de la sentencia del BGH la especial necesidad de protección que tienen las personas perturbadas psíquicamente », considerando este caso como límite. Sin embargo, tiene razón MUNOZ CONDE, ADP 87, pp. 302 s., al señalar que acudir a la autoría mediata para evitar la impunidad absoluta de algunas formas de participación en el suicidio es criticable y que « si se quiere ser coherente con la decisión en favor de la impunidad de la participación en el suicidio, habrá que aceptar esta tesis hasta sus últimas consecuencias y no corregirla tan pronto se vea que la aceptación consecuente de la misma conduce a inadmisibles lagunas de punibilidad incompatibles con el sentimiento de justicia ».

Se manifiestan a favor de la sentencia BGH 32, pp. 38 ss. (« caso Sirius »): MUÑOZ CONDE, ADP 87, pp. 312 ss., aunque considera que no existiría autoría mediata si la mujer, en vez de creer en la reencarnación en otro cuerpo, supiera que tenía que morir para vivir en otro cuerpo; NEUMANN, JuS 85, p. 682, que considera que en este caso se da un error sobre el sentido concreto de la acción limitando con un cuasi-error de tipo; OTTO, Jura 87, p. 256; REYES, Imputación, p. 180; SAMSON, SK, 25/105; SCHMIDHÄUSER, JZ 84, pp. 195 s.

ROXIN, NSTZ 84, pp. 71 ss., aunque apoya en sus aspectos esenciales la sentencia (p. 73, Täterschaft, p. 594, LK 25/108) no puede diferenciar en su exposición de forma clara entre el « error sobre el sentido concreto de la acción » y el error sobre los motivos que es penalmente irrelevante (este problema siempre ha acompañado a su posición desde un principio, cfr. Lange-FS, p. 188), como se puede apreciar en NSTZ 84, p. 72, Täterschaft, pp. 595 s., 606 s. y LK 25/108 ss. En los mismos problemas incurre NEUMANN, JA 87, p. 250, por lo que decide distinguir de forma puramente casuística entre errores sobre los motivos relevantes e irrelevantes, de acuerdo con la gravedad del error y la responsabilidad del « hombre de atrás » por ese error (pp. 253 s.). Con razón le objeta también CHARALAMBAKIS, GA 86, pp. 495 s., nota 68, a NEUMANN que no puede distinguir como él propone entre error sobre el hecho, error sobre los motivos y error sobre el sentido concreto de la acción, que no es más que una figura en la que se entremezclan los dos tipos de errores anteriores.

SIPPEL, NSTZ 84, pp. 358 s., llega a la misma conclusión que la sentencia pero no comparte sus fundamentos, sino que considera que es imputable al « hombre de atrás » la situación de parcial irresponsabilidad del « instrumento ».

La figura del « error sobre el sentido concreto de la acción » se ha creado, precisamente, para solucionar « lagunas legislativas » tal como se puede apreciar en ROXIN, Täterschaft, p. 216. El concepto de « error sobre el sentido concreto de la acción », utilizado por algunos defensores de esta sentencia fue desarrollado por ROXIN, entre otros lugares en Täterschaft, pp. 212 ss. (pp. 225 ss., con respecto al suicidio) y Lange-FS, pp. 184 ss., para solucionar casos en los que el instrumento actúa típica, antijurídica y culpablemente con pleno conocimiento de ello o que se suicida por unos motivos que son falsos (Täterschaft, pp. 225 ss.). Pero, en realidad, los casos que no pueden ser denominados como error sobre las circunstancias del hecho o sobre algún elemento concreto del tipo, no son más que errores sobre los motivos de la acción como pasa en este supuesto del « caso Sirius ». Por ello sólo pueden fundamentar la autoría cuando se motiva a inimputables, pero no se pueden entender más que como inducción (al delito o a la autolesión) cuando hablamos de personas imputables. El resto de los problemas tratados en un principio con el *topos* del « error sobre el sentido concreto de la acción » tienen una correcta solución con un desarrollo consecuente de la « imputación al hombre de atrás ». Críticas al concepto de « error sobre el sentido concreto de la acción » se pueden encontrar en autores de la talla de BLOY, Beteiligungsform, pp. 351 ss.; CHARALAMBAKIS, GA 86, pp. 495 ss., con referencia sólo a los supuestos de autolesiones; HERZBERG, Täterschaft, pp. 23 ss.; JAKOBS, PG, 21/101; SAMSON, SK, 25/104; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 76 s.; STRATENWERTH, PG, nums. margs. 781 ss.; WELZEL, PG, p. 106, por considerarlo un mero error sobre los motivos y considerar que ROXIN fuerza el contenido formal de la tipicidad. El propio ROXIN, NSTZ, p. 72, Täterschaft, pp. 595 s., 606 s. y LK 25/110 ha terminado planteándose la idoneidad del concepto y dando marcha atrás en la relevancia que le dio inicialmente al concepto para resolver problemas relacionados con autolesiones (cfr. CHARALAMBAKIS, GA 86, p. 497; MUNOZ CONDE, ADP 87, pp. 309, nota 10, 315; SILVA, ADP 87, p. 461, nota 43). En definitiva, lo decisivo es si el instrumento actúa o no libremente y no la « igualdad o diferencia de sentido » (así, todavía, Täterschaft, p. 228). Con respecto a los supuestos en los que se favorece la comisión de un delito, se puede apreciar la respuesta de ROXIN a los autores anteriormente mencionados en Täterschaft, pp. 639 ss.

Otro supuesto de error sobre los motivos sería la sentencia BGH GA 86, p. 508, en la que un cónyuge engaña al otro haciéndole creer que quiere morir con él, por lo que el otro cónyuge bebe el veneno preparado por el primero. El T. S. alemán condenó al cónyuge mentiroso. En mi opinión, estos supuestos de engaño sobre un doble suicidio sólo se pueden castigar como una inducción o una cooperación necesaria al suicidio si concurren los requisitos necesarios, ya que no se trata más que de un

a) las posibles consecuencias, b) alcance de la lesión, c) tipo de lesión o d) peligrosidad de lo que se está consintiendo o de lo que se va a llevar a cabo⁴¹⁸. Es decir, el error sobre la clase e intensidad de la « injerencia » consentida. Eso sí, a veces el error sobre el motivo de la autolesión o autopuesta en peligro puede ser penalmente relevante por otras razones: que suponga una inducción al suicidio, que se coloque a la víctima en una situación de inimputabilidad (transtorno mental transitorio) o que se le haga creer que se encuentra en una situación de necesidad en la que la única salida racional es la autolesión o autopuesta en peligro⁴¹⁹. Pero simplemente el hecho de darle motivos a una persona libre y responsable (aunque sean falsos) para llevar a cabo algo no se puede entender más que como una inducción. No veo ninguna razón para exigir requisitos distintos para la imputación de un riesgo cuando el « instrumento » es o no la misma persona que la víctima⁴²⁰. Por la misma razón es también irrelevante en el consentimiento el error sobre la identidad de la persona a la que se le consiente intervenir o sobre ciertos datos personales⁴²¹, siempre que no afecte a la distinta posibilidad de controlar el riesgo en

error sobre los motivos que se han ofrecido para convencer a alguien de que se suicide. En el mismo sentido, CHARALAMBAKIS, GA 86, p. 507 y passim; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 216, considera que el hecho de que el otro acabe con su vida o siga viviendo no está asegurado normativamente, por lo que un engaño en este sentido no puede adquirir relevancia delictiva; DIEZ RIPOLLES, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pp. 217, 226; JAKOBS, PG, 21/nota 142; JUANATEY, *Suicidio*, p. 203; ROXIN, *Täterschaft*, pp. 605 ss.; el mismo, LK, 25/113; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 10/86. En contra y a favor de la sentencia, BRANDTS/SCHLEHOFER, JZ 87, pp. 443 ss., centrándose en su crítica en la posición de CHARALAMBAKIS; NEUMANN, JA 87, p. 254.

ROXIN, NSIZ 84, p. 72 y *Täterschaft*, p. 607, ha señalado como sólo la creación de un tipo especial que castigue la participación en un suicidio por motivos egoístas al igual que hace el art. 115 C. P. suizo puede ofrecer una solución que sea satisfactoria desde un punto de vista dogmático y político criminal. Con esta afirmación es evidente que asume la solución ofrecida al « caso Sirius » como una solución necesaria para evitar impunidades escandalosas, aunque sea a costa de « pervertir » no sólo ciertas reglas de imputación en los supuestos de favorecimientos de autolesiones o autopuestas en peligro sino también el tenor literal de los tipos. Sobre la posible solución de los problemas del Derecho alemán de *lege ferenda*, CHARALAMBAKIS, GA 86, pp. 501 s.

⁴¹⁸ LENCKNER, *Schönke/Schröder*, antes de 32 ss./46, con más referencias; M. K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie*, pp. 166 ss., en profundidad y con abundantes ejemplos; ROXIN, 13/67 ss., siguiendo a ARZT. Por ejemplo, no son relevantes los errores sobre la contraprestación por lo consentido porque es un error sobre los motivos.

⁴¹⁹ CHARALAMBAKIS, GA 86, pp. 499 s., con más referencias; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 215; GÖBBEL, *Einwilligung*, pp. 123 s.; JAKOBS, PG, 21/nota 177; NEUMANN, JA 87, p. 251, con más referencias, aunque él lo soluciona mediante la referencia a un « error sobre el sentido concreto de la acción »; ROXIN, *Noll-FS*, pp. 285 s., 286 ss.; el mismo, PG, 13/72; el mismo, LK, 25/106.

⁴²⁰ Un intento de justificar las diferencias se puede encontrar en ROXIN, *Täterschaft*, p. 228. ROXIN tiene razón al afirmar que no existe una norma abstracta que determine el sentido normativo del suicidio. Sin embargo, en mi opinión, ello no significa que las reglas desarrolladas para imputar a alguien un hecho que perjudica a un tercero tengan que sufrir una variación porque el hecho perjudique al que lo hace. La inexistencia de una norma especial no afecta a las reglas generales de imputación de hechos. Si las reglas generales de imputación están construidas de forma legítima, da igual que se impute un hecho subsumible en un tipo penal o un hecho atípico.

⁴²¹ CASAS, *Consentimiento*, p. 86; GÖBBEL, *Einwilligung*, pp. 89 ss., con más referencias, de forma diferenciada; JESCHECK, PG, § 34 IV 4; MIR PUIG, PG, p. 565; ROXIN, *Noll-FS*, pp. 288 ss. En contra, SCHMIDHÄUSER, PG, 8/139.

virtud de una diferencia de capacidades o facultades⁴²², lo que es especialmente importante cuando se asume una actividad pero no se asumen directamente sus posibles consecuencias lesivas o en ámbitos como la actividad médico-quirúrgica.

Si el desconocimiento de la dimensión del riesgo imputable al tercero es sólo parcial, sólo se le puede imputar a dicho tercero esa parte del riesgo y no la que sea incumbencia de la víctima o haya sido asumida por ésta. Por ejemplo, el médico que se encarga de un equipo nacional de alta competición le explica a un deportista sólo parte de los peligros que encierra el tomar un estimulante (por ejemplo, fenetilina), obviando los riesgos más graves para su salud. Sólo estos riesgos más graves son imputables al médico.

5. También nos encontramos ante la realización de un tipo puro de resultado cuando alguien se autolesiona o autopone en peligro porque un tercero ha creado o le es imputable una situación de necesidad en la que la única salida racional que queda es dicha autolesión o autopuesta en peligro⁴²³. La racionalidad debe determinarse de forma equivalente a como se hace en el estado de necesidad justificante contemplado en el art. 20. 5º C. P. Por tanto, se le imputa al creador de la situación de necesidad la lesión de los bienes jurídicos a los que alguien ha renunciado como reacción jurídicamente correcta a

⁴²² -----
GÖBBEL, Einwilligung, pp. 89 ss., con más referencias, de forma diferenciada; JAKOBS, PG, 7/117; M. K. MEYER, Ausschluß der Autonomie, pp. 217 s.; MIR PUIG, PG, p. 565; ROXIN, Noll-FS, pp. 289 s.; el mismo, PG, 13/69. Sobre el estado de la cuestión en la doctrina alemana, WILHELM, Arbeitsteilung, p. 21.

⁴²³ Sobre esta cuestión: AMELUNG, Autoría mediata, p. 324; BINDING, Normen IV, pp. 616 s.; CRAMER, Schönke-Schröder, 25/10; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 239; FRISCH, Tipo, p. 140; GÖBBEL, Einwilligung, pp. 102 ss., en profundidad, con una exposición de las tesis más relevantes en la literatura alemana; JAKOBS, PG, 21/88; el mismo, JR 87, p. 342; LUZON, Derecho Penal de la Circulación, p. 99; RENGIER, Jura 86, passim, con base en un caso concreto de la jurisprudencia alemana; ROXIN, Täterschaft, pp. 158 ss., 632; STRATENWERTH, PG, nums. margs. 773 s.; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 191 ss. Cfr. BGH NJW 94, p. 206.

S. T. S. de 7 de julio de 1948: « Si se plantea el problema de la relación causal derivado de la singularidad del hecho en que un hombre, débil mental y físicamente, es golpeado, amenazado y despojado por los reos de una peseta y de sus ropas y presionándole uno de ellos, con una navaja le obliga, con la cooperación del otro reo, a arrojarle por un precipicio, se ha de excluir toda posibilidad de suicidio más o menos instigado, como adujo el defensor con invocación del art. 409 del Código Penal, pues el hecho declarado probado de que la víctima fue obligada a precipitarse o despeñarse, cae dentro de la órbita de la responsabilidad estimada por esta Sala en los casos, no ya de muerte ordenada e impuesta, sino en los de muerte o lesiones causadas sin voluntad de la víctima, pero huyendo de su agresor actual o virtual ».

Existen abundantes muestras en nuestra Jurisprudencia de autolesiones en el ámbito del tráfico viario que se imputan al que obliga a realizar una « maniobra evasiva » para evitar un accidente seguro: SS. T. S. de 26 de enero de 1960 (Pte. García Gómez); 23 de junio de 1962 (Pte. Castejón); 26 de junio de 1964 (Pte. Cavillo); 10 de noviembre de 1964 (Pte. García Gómez); 14 de octubre de 1967 (Pte. Pera); 11 de octubre de 1968 (Pte. Sáez); 2 de mayo de 1969 (Pte. Escudero); 27 de octubre de 1979 (Pte. Sáez).

Por el contrario, cuando caben otras salidas alternativas más racionales a la autolesión o autopuesta en peligro, sólo se podrá hablar a lo sumo de un delito de coacciones si la situación ha sido creada de forma dolosa (cfr. HERZBERG, Täterschaft, p. 35).

dicha situación⁴²⁴. Y el límite se encuentra en no causar un mal mayor que el que se trata de evitar, siempre y cuando exista una posibilidad racional de salvar los bienes puestos en peligro por la situación de necesidad⁴²⁵. Teniendo en cuenta los límites que establece el nº 5º del art. 20 del C. P. la autolesión no debe ser de mayor entidad que la probable lesión de bienes jurídicos. Por ejemplo, no es racional que una mujer se tire de un camión en marcha porque el camionero intenta convencerle de forma grosera de que mantengan una relación sexual, pero puede llegar a ser una reacción racional ante un inminente ataque contra su libertad sexual o contra cualquier otro bien personal en el que no cabe otra salida⁴²⁶. Debe darse una situación en la que de acuerdo a un juicio general merezca la pena autolesionarse o autoponerse en peligro teniendo en cuenta el mal que se trata de evitar. Exactamente igual que si en vez de tratarse de una lesión de bienes jurídicos propios se tratara de una lesión de bienes jurídicos ajenos se consideraría la lesión amparada, al menos, por un estado de necesidad. La resolución de estos casos es evidente, por tanto, cuando una persona sacrifica un bien jurídico propio menos importante (propiedad) para salvar un bien jurídico propio más importante (vida) o cuando frente a una lesión segura de sus bienes jurídicos alguien se autopone en peligro para intentar evitar dicha lesión. No existirá una autoría mediata, por ejemplo, cuando un delincuente que está prestando declaración en un juzgado de guardia se dirige

424 GÖBBEL, *Einwilligung*, pp. 115 ss.; TIMPE, *Nötigung*, pp. 32 ss., en profundidad, con amplias referencias; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 195.

Esta idea tiene relevancia para tipos como el de coacciones en los que en ciertos casos de *vis compulsiva* existe una autolesión de la libertad como salida a una situación de necesidad (cfr. TIMPE, *Nötigung*, pp. 31 ss.).

425 BALDO, Estado de necesidad, pp. 78 ss., 168 ss.; MIR, L-H Pérez-Vitoria, pp. 505 ss.; el mismo, PG, pp. 487 ss.; SILVA, ADP 82, pp. 664 ss. Coincido con la visión de estos tres autores de que el antiguo art. 8. 7º, que coincide en su redacción con el actual art. 20. 5º, regula sólo el estado de necesidad justificante y no el exculpante. Vid. también GIMBERNAT, Estudios, pp. 224 ss; LUZON PEÑA, Estudios, pp. 157 s., con unas posiciones que aunque no se comparten podrían entroncar con la posición defendida en el texto con respecto a una problemática muy concreta.

Vid. también ZACZYK, *Selbstverantwortung*, p. 47.

GÖBBEL, *Einwilligung*, pp. 115 ss., JAKOBS, PG, 21/89 y TIMPE, *Nötigung*, p. 34, ponen el siguiente ejemplo de resolución de una situación de necesidad aceptable por el ordenamiento jurídico: alguien decide dañar una cosa para salvar otra de igual valor, pero con la que tiene un mayor vínculo afectivo. En una situación similar en la que alguien decide lesionar o poner en peligro un bien jurídico en beneficio de otro que puede tener un gran valor subjetivo, pero que no se puede equiparar desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, no se le podrá imputar al creador de la situación de necesidad el « exceso » sólo imputable a la víctima. Por ejemplo, si alguien fallece al intentar salvar su colección de sellos de un incendio provocado dolosamente, al autor del incendio sólo se le podrá imputar los daños de la colección de sellos pero no la muerte.

Con el actual C. P. (art. 146) es posible entender en ciertos casos que es razonable para el ordenamiento jurídico renunciar a la vida si se encuentra uno en una situación imputable a un tercero en la que se va a ver conducido necesariamente a la muerte o se le van a producir graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar.

426 Vid., a título de ejemplo, SS. T. S. de 4 de julio de 1958 (Pte. Díaz Plá); 22 de febrero de 1965 (Pte. Riaño); 20 de mayo de 1969 (Pte. Sáez); 3 de mayo de 1982 (Pte. Castro); 8 de noviembre de 1991 (Pte. Delgado).

sorpresivamente a la ventana y amenaza con tirarse si intentan volver a detenerle, decidiendo el juez hacer caso omiso de su advertencia. En este caso se trata de una mera motivación a una autolesión, mientras no concurra una situación de inimputabilidad en el delincuente. En definitiva, existe una autoría mediata cuando alguien sacrifica o pone en peligro racionalmente algunos bienes o intereses con el objetivo de preservar otros. Aunque se debe tener en cuenta que aquí estamos imputando lesiones contra la vida, la salud o la propiedad y, por tanto, no basta para afirmar una autoría mediata la mera existencia de una coacción⁴²⁷. Es preciso que el que haya creado la situación haya disminuido las posibilidades de elección de la víctima y, por ello se vea afectado su « dominio sobre la decisión » en relación a sus propios asuntos⁴²⁸.

Pero se deben resolver de la misma manera otras situaciones en las que se sacrifican bienes propios para salvar otros bienes ajenos que alguien ha puesto en peligro. Por ejemplo, una persona se autolesiona como « rescate » para que le devuelvan a su hijo y no le maten. Todo el que crea una situación de necesidad responde de los costes que son necesarios y racionales para solventar dicha situación⁴²⁹. Y la necesidad y racionalidad se determina a través de una ponderación de utilidad global o intereses colectivos, ya que en una sociedad integrada en la que no sólo la idea de solidaridad está recogida como un bien jurídico importante (omisión del deber de socorro) sino también es una idea rectora de nuestro ordenamiento jurídico es razonable sacrificarse en beneficio de otros⁴³⁰. Todos

427 Vid. por todos, M. K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie*, pp. 159 ss.; ZACZYK, *Selbstverantwortung*, pp. 46 s.

Por esta razón considero equivocada la S. T. S. de 8 de noviembre de 1991 (Pte. Delgado). El hacerle soportar a alguien contra su voluntad una situación desagradable no es más que un delito de coacciones, mientras la autolesión no sea la única salida razonable para evitar males mayores. En la narración de hechos probados de esta sentencia no se dan los suficientes requisitos para imputar la conducta autolesiva de la víctima a la tercera persona (aunque ello no significa que la conducta del tercero sea penalmente irrelevante): el procesado, que conducía un camión, al divisar a la víctima que iba caminando « la invitó a subir al camión, lo que así hizo ésta, situándose en el asiento destinado al acompañante del conductor, existiendo entre ambos la caja de cambios, que formaba un plano elevado de separación, entre ellos de una altura aproximada de medio metro y 40 centímetros, también aproximadamente, de anchura, iniciándose una conversación, en el curso de la cual el acusado le dijo a la pasajera, que vestía pantalón corto y llevaba un bolso sobre las piernas, que dejara éste en el suelo porque iba a tener calor, preguntándole también donde vivía y si lo hacía sola, terminando por proponerle hacer el amor con él, insistiendo en ello varias veces a pesar de las reiteradas negativas de ella, y sus expresados deseos de que detuviera el camión, llegando a expresar que se tiraría en marcha, y ante la actitud del chófer, haciendo caso omiso de sus ruegos, se fue acumulando en ella un estado de tensión ante la situación creada, y sintiéndose impotente para solucionarla, perdiendo el control de los nervios y presa del pánico, abrió la puerta de su lado, y arrojando primero el bolso, se lanzó fuera del camión ».

428 JAKOBS, PG, 7/81.

429 JAKOBS, JR 87, p. 342; TIMPE, *Nötigung*, p. 33. En contra, JUANATEY, *Suicidio*, pp. 201 s.

La doctrina civil maneja un criterio similar para resolver estos supuestos (MICHALSKI, *Jura* 96, P. 395).

430 BALDO, *Estado de necesidad*, p. 22 y *passim*, considera que la « solidaridad general intersubjetiva

los bienes jurídicos tienen una vertiente social o solidaria que hace que ciertos sacrificios sean asumibles por el ordenamiento jurídico. El ejemplo más claro es el de la regulación del estado de necesidad (art. 20. 5º C. P.). Pues bien, no hay ninguna razón para considerar acertado todo sacrificio de un bien ajeno en beneficio de un interés preponderante pero no el sacrificio de los bienes propios en beneficio de un interés de mayor relevancia social o para evitar un mal de mayor entidad. Es decir, una autolesión que es de exclusiva incumbencia de la víctima puede dejar de serlo si se ve motivada por una situación de necesidad creada por un tercero. Es cierto que el legislador sólo se ha preocupado de regular aquellas situaciones en las que alguien tiene el deber de soportar o tolerar una lesión en virtud de un beneficio global, ya que éstos son los casos más conflictivos, pero sería absurdo considerar que no se deben resolver de una forma análoga aquellas situaciones en las que el que lesiona « de forma justificada » y el que soporta la lesión o hace el sacrificio son la misma persona y por tanto no existe un conflicto con terceras personas que no sean la víctima de la situación de necesidad o el salvador. Se puede decir de forma genérica que en nuestro ordenamiento jurídico la persona que sacrifica o pone en peligro bienes jurídicos propios o ajenos para resolver una necesidad ajena actúa de modo racional o conforme al ordenamiento mientras el sacrificio o puesta en peligro mejore o, el menos, no disminuya de modo evidente la utilidad global. Un caso prototípico es el de las acciones de salvamento que encierran peligros motivadas por un hecho delictivo (médicos que curan enfermedades contagiosas, salvamento de víctimas de incendios o accidentes de montaña, etc.)⁴³¹. Por ejemplo, para salvar a B de un atropello imprudente A se lanza a salvarle, consiguiéndolo, pero siendo lesionado o muerto en dicha acción de salvamento.

La doctrina mayoritaria, en concordancia con lo dicho en el párrafo anterior, considera que las lesiones que sufre el salvador son imputables al que ha creado la situación de necesidad, mientras su actuación se ve motivada por una ponderación correcta atendiendo a los bienes propios puestos en peligro en beneficio de otros bienes jurídicos⁴³². Si existen « buenas razones » para la intervención, se considera que las

» es una idea rectora fundamental de nuestro sistema normativo. En profundidad sobre la solidaridad intersubjetiva como idea rectora de nuestro ordenamiento jurídico, BALDO, Estado de necesidad, pp. 63 ss.

⁴³¹ Referencias de la jurisprudencia alemana en FRISCH, Verhalten, p. 473, nota 405 y RUDOLPHI, SK, antes de 1/80 y de la austriaca en BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 112 s.

El problema es transferible a otros tipos de la parte especial que no exigen un resultado lesivo. Por ejemplo, la solución que se dé al problema de las acciones de salvamento y los criterios que se ofrezcan han de tener relevancia también para la imputación del peligro para la vida o integridad física que exige el tipo de incendio del art. 351 C. P.

⁴³² La Jurisprudencia española siempre ha imputado la muerte de los salvadores, sin platearse siquiera el problema (vid. a título de ejemplo, S. T. S. de 18 de junio de 1962 -Pte. Codesido-).

lesiones o muerte del salvador o de los salvadores son obra del que ha motivado esa actuación racional de salvamento y no de la víctima, aunque fenomenológicamente parezca que nos encontramos en un supuesto de autolesión. En este caso el sujeto responsable que se autopone en peligro actúa motivado por una situación de necesidad que no es obra suya, sino de un tercero. Por ello esa situación de conflicto y sus consecuencias son imputables al tercero. Es indiferente, también, para la doctrina mayoritaria, si el salvador actúa obligado jurídicamente en virtud de un deber de garante (soldados, bomberos, guías de montaña, etc.) o actúa motivado por una idea de solidaridad⁴³³. Es decir, que tenga o « no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse »⁴³⁴. No existe una autolesión atípica si en el momento de llevar a cabo su acción y de acuerdo con los datos que tiene a su alcance el salvador toma una decisión solidaria asumible por el ordenamiento jurídico. Por tanto, los posibles resultados lesivos que sean consecuencia de esa decisión valorada positivamente por el ordenamiento jurídico son sólo imputables al que ha motivado esa decisión. El ordenamiento no puede considerar que ese tipo de acciones son un « asunto propio » del sujeto solidario, cuando se actúa de acuerdo con unos principios generales reconocidos de forma clara por el C. P.⁴³⁵ (por ejemplo, esta idea de solidaridad es lo único que obliga a tener que aceptar los sacrificios del estado de necesidad, como ya he señalado). Todos los problemas de imputación deben ser resueltos en el marco de una interpretación sistemática que sea

v. BAR, Gesetz und Schuld, p. 228; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 202 ss.; el mismo, NJW 95, p. 241; FRISCH, Verhalten, pp. 472 ss., en el trabajo más extenso sobre esta cuestión; JAKOBS, ZStW 89, pp. 31 ss., de forma más amplia que la doctrina mayoritaria, extendiendo la imputación incluso a supuestos en los que el salvador actúa de forma irracional pero debido a que sus capacidades psíquicas o volitivas se ven afectadas por la situación de peligro; JESCHECK, PG, 54 IV 4; PUPPE, NK, antes de 13/168, 179, mientras el salvador no se autoponga en peligro de forma irracional; RUDOLPHI, JuS 69, p. 557, cuando la acción de salvamento es fruto de una ponderación de los bienes jurídicos en juego y del grado de peligro que da como resultado que hay que valorar más el fin de salvación que la autopuesta en peligro, apoyándose en la posición del civilista DEUTSCH; el mismo, SK, antes de 1/81, mantiene su posición; SCHROEDER, LK, 16/182, cuando existe una relación racional entre la autopuesta en peligro y el peligro existente de acuerdo con el tipo y cercanía de la posible lesión, vinculándose a la posición de DEUTSCH y RUDOLPHI; WEHRIE, Regressverbot, p. 92, nota 28; WOLTER, Zurechnung, pp. 344 ss., entendiendo con JAKOBS que también son imputables aquellas acciones de salvamento que no se pueden considerar como racionales, pero que se muestran como comprensibles dadas las circunstancias.

En una reciente sentencia recogida en NJW 94, pp. 205 s. el T. S. alemán ratifica la posición de la doctrina mayoritaria alemana, con comentario -que comparte el resultado aunque no la fundamentación- de DERKSEN, NJW 95, pp. 240 s.

⁴³³ DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 209; FRISCH, Verhalten, pp. 481 ss.; JAKOBS, ZStW 89, p. 33; PUPPE, NK, antes de 13/168; RUDOLPHI, SK, antes de 1/81; WOLTER, Zurechnung, pp. 345 s.

⁴³⁴ Art. 20. 5º C. P. Sobre estas obligaciones especiales de autoponerse en peligro y sus límites, en profundidad, BALDO, Estado de necesidad, pp. 249 ss.

⁴³⁵ FRISCH, Verhalten, pp. 484 s., se refiere de forma más difusa a que la comunidad valora dichas conductas como valiosas desde un punto de vista ético-social, está interesada en que se emprendan acciones de salvamento racionales y, aunque no obliga a realizar dichas acciones, las desea. Critica este recurso a la ética social, DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 210.

respetuosa con los principios generales del ordenamiento jurídico y del ordenamiento jurídico-penal en particular.

El tema estaría zanjado si un autor del peso de ROXIN no hubiera manifestado una posición contraria a la imputación de las lesiones de los salvadores al que ha causado la situación de peligro que motiva la acción de salvamento. ROXIN considera que estas lesiones de los salvadores quedan fuera del alcance del tipo⁴³⁶, ya que no se trata más que de la causación de una autopuesta en peligro libre y voluntaria. La posición de este autor alemán ha tenido una influencia decisiva en los últimos autores españoles que se han dedicado en profundidad a este tema de la imputación de las acciones arriesgadas de salvamento. Entre los argumentos que ofrece son destacables los siguientes: el que se autopone en peligro sin ninguna obligación jurídica no debería hacer cargar a otro con las consecuencias de su acción, sobre todo teniendo en cuenta que normalmente éste no puede tener ninguna influencia en su decisión, mientras el que lo hace por desempeñar una profesión que le obliga jurídicamente a realizar la actividad de salvamento (garante de salvamento) ha asumido ese riesgo cuando eligió esa profesión⁴³⁷ (con algunas excepciones como los soldados que cumplen el servicio militar⁴³⁸). Se trata de un « riesgo profesional » que se asume con la asunción del rol (al igual que los beneficios, como los salarios que tienen un complemento de peligrosidad), por lo que no se puede ver más que como un « accidente laboral » o un gaje del oficio⁴³⁹. Por ello, los daños del auxiliador pueden tener consecuencias civiles-indemnizatorias pero no penales.

436 ROXIN, PG, 11/94, 106; el mismo, Honig-FS, pp. 142 s.; el mismo, Gallas-FS, pp. 246 ss., todavía no como problema del tipo objetivo sino del « fin de protección de la norma de cuidado »; ROXIN/SCHÜNEMANN/HAFFKE, Klausurenlehre, pp. 140 ss.

De acuerdo, CRAMER, Schönke/Schröder, 15/157; BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 113 ss.; OTTO, NJW 80, p. 422, argumentando con base en su peculiar visión de la « prohibición de regreso » que tiene su fundamento en la « posibilidad de evitar ». SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 70 s., nota 2, de acuerdo mientras la situación no se cree de forma dolosa o intencionada.

En España se ha sumado de forma expresa a la posición de ROXIN, MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 362 ss. Otros autores que en lengua española también se han dedicado en profundidad a esta cuestión como CORCOY, El delito imprudente, pp. 554 ss. y REYES, Imputación, pp. 360 ss., llegan también a las mismas conclusiones, con argumentos muy parecidos a los de ROXIN. Como se puede apreciar, la solución de estos casos en la literatura española no es tan clara como en la alemana. En nuestra literatura parece dominar el apoyo a las tesis de ROXIN.

437 DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 207 s.

438 Esta excepción es utilizada por FRISCH, Verhalten, p. 475, contra la posición de ROXIN. Sobre la misma, MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 363 s.

439 En contra, FRISCH, Verhalten, p. 476, señala como ese argumento no se puede tomar en serio, sobre todo si se le lleva hasta las últimas consecuencias. Se trata de un argumento que carece de límites. El delincuente que mata al policía que le persigue en cumplimiento de su deber también podría argumentar que el policía se colocó de forma libre y responsable en una situación de peligro y que ese fue un « riesgo profesional » que había asumido con la asunción de la profesión.

MTNEZ. ESCAMILLA, Imputación, pp. 362 s., defiende este argumento de ROXIN en profundidad.

En mi opinión, es cierto que no se debe entender que todo resultado que tenga algo que ver con la situación de necesidad es imputable al que la ha creado. Puede ser que el resultado no tenga nada que ver con esa situación de mayor peligro⁴⁴⁰. Por ejemplo, imaginémos un supuesto en el que un bombero que se acerca a una casa en llamas tropieza con una baldosa de la acera y se cae el suelo sufriendo lesiones. En este caso las lesiones del bombero no son imputables al incendio provocado sino a un riesgo general de la vida como es el andar por una acera, tropezar y caerse. Lo mismo se puede decir cuando un equipo de salvamento hace una marcha por la montaña para rescatar a un montañero y por el camino uno de sus miembros se tuerce un tobillo o cuando un socorrista de piscina sufre un infarto cuando está nadando hacia una persona que se ahoga. En este sentido algunas matizaciones que han realizado ROXIN y autores que se han unido a su posición minoritaria son atendibles⁴⁴¹. También hay que señalar que los supuestos en los que la situación de necesidad ha sido causada de forma fortuita o alguien ha creado una situación de peligro para sí mismo no son penalmente relevantes, por lo que las posibles lesiones de un salvador como consecuencia de estos hechos tampoco cobran relevancia jurídico-penal. Sólo interesan a efectos de tipicidad las lesiones que son consecuencia de la resolución de una situación creada delictivamente. Por ello, por ejemplo, no tiene razón ROXIN cuando señala que el alpinista que sufre un accidente se ve obligado a no pedir ayuda para que no se le impute la posible lesión de sus salvadores. En este caso no existe la mínima relevancia típica de la conducta del que ha creado la situación de necesidad. Incluso, en los supuestos en los que la situación de necesidad tiene un origen delictivo, se podría llegar a pensar, como hace ROXIN, que el autor del conflicto que quiere remediar lo que ha hecho no quiera pedir ayuda para evitar mayores males y no aumentar así su responsabilidad jurídico-penal. Pero en estos casos se vería beneficiado, pasara lo que pasara, por la atenuante de arrepentimiento espontáneo o, incluso, se podría entender que existe un desistimiento. Además, aumentaría su probabilidad de poder salvar los bienes jurídicos en peligro e impedir así que se le imputara su lesión. Hay que recordar que el salvador con éxito disminuye los resultados lesivos que se le pueden imputar al autor⁴⁴².

ROXIN ha planteado mal el fondo del problema y por ello llega a una conclusión equivocada. Y con él una parte importante de la doctrina. No nos encontramos ante un

440 FRISCH, Verhalten, pp. 488 ss., en profundidad sobre esta cuestión, aunque desde otro punto de vista más ligado a ponderaciones de tipo constitucional y relacionadas con el papel del resultado dentro de la teoría jurídica del delito.

441 En contra también en líneas generales de la argumentación de ROXIN, aunque señalando como en el texto que existen razones atendibles, SCHÜNEMANN, JA 75, p. 722.

442 RUDOLPHI, SK, antes de 1/81; WOLTER, Zurechnung, p. 345.

conflicto de deberes, en el que por un lado existe un deber de solidaridad o un deber profesional y por el otro un « deber de autoprotección », que el legislador haya resuelto a favor de la autoprotección en el caso de los deberes de solidaridad y a favor del cumplimiento de los deberes profesionales en los otros casos⁴⁴³. Por ello no es extraño que se plantee que en los casos en los que se ha resuelto primar el « deber de autoprotección » la « infracción de ese deber » es sólo imputable al que se autopone en peligro porque actúa por motivaciones puramente personales (morales, religiosas, búsqueda de prestigio social como héroe o de una medalla, etc.) y en los casos en los que prima el deber profesional los posibles resultados lesivos que son consecuencia de dicha obligación pueden incluso ser imputados al legislador que es el que ha tomado la decisión y obliga a autoponerse en peligro. En este último caso existe una « coacción jurídica » que según ROXIN hace que la decisión no se pueda calificar como libre⁴⁴⁴. Aunque en tiempos más recientes considera que más que una « autoría mediata del legislador » existe una decisión libre y voluntaria previamente tomada por el profesional de afrontar ese tipo de riesgos, ya que esa falta de libertad de los especialmente obligados (garantes) había sido utilizada por los defensores de la posición contraria, partidaria de imputar el resultado, para argumentar que estas autopuestas en peligro no eran ni libres ni responsables. Además, también se había objetado a esta argumentación de ROXIN que el legislador tiene que cumplir su papel de arbitrar y organizar formas de controlar situaciones de peligro, pero eso no significa que se le pueda imputar a él la creación del riesgo⁴⁴⁵. Esos deberes siempre obedecen a la protección de intereses preponderantes

443 -----
SCHÜNEMANN, JA 75, p. 722, también considera que esta es la cuestión de fondo y por eso considera que hay que excluir la imputación de las lesiones o muertes del salvador cuando no existe un deber general de solidaridad porque existen ciertos riesgos que hacen inexigible dicha obligación, como señalan, por ejemplo, los arts. 195 y 450 C. P. De acuerdo con SCHÜNEMANN, CRAMER, Schönke/Schröder, 15/156; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/73. SCHÜNEMANN considera que en estos casos el salvamento obedece a una « satisfacción particular ». Sin embargo, el que internamente el salvador sienta esa « satisfacción particular » no excluye que esa satisfacción coincida con una actuación asumible por el ordenamiento como racional en ese caso concreto. El hecho de que el agente salvador pueda protegerse a sí mismo sólo con apartarse de la fuente de peligro o que en ese caso concreto su motivación está determinada por razones morales individuales no convierte, sin más lo razonable en « irracional » de acuerdo con un juicio general.

En contra de P. FRISCH, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 151, considero que es cierto que los obligados jurídicamente renuncian a su autoprotección en beneficio de una utilidad mayor, pero ello pueden hacerlo también los no obligados jurídicamente. En la medida que así lo hagan, las lesiones de sus bienes jurídicos como consecuencia de la acción de salvamento son imputables al que ha creado la situación de necesidad.

Otros autores que comparten las conclusiones a las que se llega en este trabajo también parten, equivocadamente a mi entender, de la existencia de una colisión de deberes: MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/73; RUDOLPHI, SK, antes de 1/80.

444 De acuerdo en el planteamiento, aunque lo utilicen para llegar a una solución contraria: FRISCH, *Verhalten*, pp. 475, 487; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/73; RUDOLPHI, SK, antes de 1/80, con más referencias; WOLTER, *Zurechnung*, p. 345.

445 DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 208 s.; JAKOBS, *ZStW* 89, pp. 15 s., nota 56 (1), 31.

desde un punto de vista general. El fondo del problema, por el contrario, es el ya referido anteriormente: el que de forma antijurídica crea un estado de necesidad en el que bienes jurídicos se encuentran en peligro responde de todos los costes y sacrificios necesarios para resolver dicho estado de necesidad. Y si alguien se « comporta bien » si lesiona a un tercero para salvar la vida de otro ciudadano, igualmente se « comporta bien » si se lesiona a sí mismo para salvar la vida de un conciudadano. Para valorar si en el caso concreto la actuación de salvamento es « racional » y atendible para el ordenamiento jurídico no se deben tener en cuenta sólo la entidad de los bienes jurídicos que se quieren salvar y que se quieren poner en peligro, sino también el grado de peligro y los factores de riesgo concurrentes (capacitación para sortear la situación de peligro, experiencia, medios de que se dispone, etc.). El art. 20. 5º sólo exige que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. Así, puede ser razonable en un determinado supuesto correr el peligro de sufrir una lesión leve que no precise tratamiento quirúrgico para salvar todo el patrimonio personal que ha costado años de trabajo o la única copia de una tesis doctoral casi finalizada. Aunque en general el bien jurídico salud tenga un mayor valor que el bien jurídico patrimonio, la pérdida de años de trabajo se puede considerar un mal mayor que una herida que sólo va a molestar unos cuantos días. Por esa razón, por ejemplo, no se le puede imputar el resultado lesivo que ha sufrido el salvador al que ha creado el riesgo de forma antijurídica en casos como los siguientes:

a) El bien jurídico que se pretende salvar carece de relevancia jurídica o tiene un considerable menor valor que el que se sacrifica o se pone en peligro⁴⁴⁶. Así, por ejemplo, sucede en el conocido caso alemán del « médico con viruela ». En este caso un médico que padecía viruela contagia imprudentemente esta enfermedad a otras personas que son puestas en cuarentena. El capellán de la clínica contrae la enfermedad al asistir espiritualmente a los enfermos que se encuentran en cuarentena. El T. S. alemán⁴⁴⁷ condenó al médico y le imputó también el contagio del capellán. Pero en este caso la « salvación de almas » no es un bien que se pueda tener en cuenta a efectos de ponderación de intereses en el marco de un Estado laico en el que las cuestiones religiosas pertenecen a la esfera privada. Por ello poner en peligro la salud o la vida para « salvar almas » es una autopuesta en peligro atípica⁴⁴⁸. Para el ordenamiento no existe una situación de

446 Sobre la ponderación de los intereses en juego, JAKOBS, PG, 13/20 ss., en profundidad.

447 BGHSt 17, pp. 359 ss.

448 De acuerdo en el resultado al que se llega en el texto en este caso y en contra de la resolución de la sentencia BGHSt 17, pp. 359 ss., aunque algunos autores desde perspectivas distintas: BINDOKAT, JZ 86, p. 422, alegando, de acuerdo con la posición de ROXIN, que se trata de un mero « riesgo profesional » que se ha asumido; CORCOY, El delito imprudente, p. 557; FIEDLER, Fremdgefährdung, pp. 186 ss.; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 152, porque considera que la actuación del capellán no es necesaria

necesidad ni una puesta en peligro de bienes jurídicos. Tampoco se le pueden imputar al tercero los contagios que sufren los familiares cercanos de la víctima del delito por visitarle. En este caso su actuación no tiene nada que ver con el salvamento de la víctima en una situación de necesidad⁴⁴⁹. Otro ejemplo de exclusión de la imputación sería el del periodista que quiere conseguir una exclusiva y se acerca demasiado a un incendio espectacular para conseguir unas instantáneas⁴⁵⁰.

b) En caso de bienes jurídicos sin diferencias valorativas relevantes para el ordenamiento jurídico, cuando se crea una mayor situación de peligro o probabilidad de lesión que la que se pretende evitar, teniendo en cuenta los factores de riesgo⁴⁵¹. En este caso el salvador se ha excedido en la creación del riesgo. Por ejemplo, se pone en peligro concreto la propia vida para solventar una situación de peligro abstracto. De todas maneras es preciso señalar que en los casos más normales el conflicto se plantea entre una producción segura de un mal y una autopuesta en peligro (mal probable).

c) También existe un exceso cuando resulta irracional la creación del riesgo debido a la escasa importancia del bien que está en peligro (bienes patrimoniales de escasa cuantía) en relación a los bienes jurídicos que se ponen en peligro (vida, integridad física)⁴⁵². Evidentemente, sacrificar un bien jurídico para salvar otro de menor entidad jurídica es siempre algo « irracional » de acuerdo con un juicio general. Pueden existir buenas razones individuales o sentimentales (salvar el único recuerdo del padre fallecido), pero esas razones no son suficientes para imputarle a un tercero los costes o sacrificios de la situación conflictiva⁴⁵³. En estos casos se emplean bienes propios de forma « racionalmente excesiva » de acuerdo con un juicio general.

d) Cuando el salvador no se ha enfrentado de forma razonable al peligro o no ha adoptado un mínimo de medidas de seguridad, de acuerdo a su formación y la situación

en el tráfico; MTNEZ. ESCAMILLA, *Imputación*, p. 365; PRITTWITZ, NJW 88, p. 2943; ROXIN, Honig-FS, p. 143, nota 26; el mismo, Gallas-FS, p. 248, nota 23; el mismo, NStZ 84, p. 412; el mismo, CPC 89, pp. 762 s.; el mismo, PG, 11/88; ROXIN/SCHÜNEMANN/HAFFKE, *Klausurenlehre*, pp. 141 s.; SCHROEDER, LK, 16/182; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 721.

En sentido contrario al texto, RUDOLPHI, Jus 69, p. 557, que sólo se fija en el hecho de que el capellán cumple un deber estatal de asistencia religiosa.

FRISCH, *Verhalten*, p. 493, plantea sus dudas sobre la corrección de la sentencia.

⁴⁴⁹ En sentido contrario, P. FRISCH, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 152 s.

⁴⁵⁰ MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/73.

⁴⁵¹ JAKOBS, PG, 13/30, en profundidad.

⁴⁵² RUDOLPHI, JuS 69, p. 557.

⁴⁵³ De acuerdo, FRISCH, *Verhalten*, p. 485, en contra de JAKOBS y WOLTER.

concreta en la que ha actuado⁴⁵⁴. Por ejemplo, un bombero omite las medidas elementales de precaución frente a un incendio. O un médico, al tratar a un paciente al que se le ha contagiado una enfermedad delictivamente, contrae la enfermedad por no adoptar las medidas profilácticas adecuadas. O el conductor de la ambulancia conduce a una velocidad a la que le es imposible controlar la ambulancia. En estos casos la reducción de posibilidades no tiene un origen delictivo, sino que es incumbencia del salvador. La razón determinante de estas autopuestas en peligro ejemplificadas tal y como se desarrollan no se encuentra en el comportamiento defectuoso del tercero sino en el del « buen samaritano ». Por el contrario, alguien puede haberse comportado de forma razonable aunque no haya alcanzado a darse cuenta de todo el peligro que encerraba su acción o de que tenía otras posibilidades de actuación debido a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. En este caso la lesión es imputable al creador de la situación de necesidad.

e) Cuando la situación de necesidad podía ser resuelta por medios más seguros o por los medios que la sociedad ha dispuesto para ese tipo de situaciones. Por ejemplo, un particular emprende una acción de salvamento en un incendio cuando los bomberos ya se han hecho cargo de la situación. O una ambulancia vuelca al ser transportado un herido en condiciones más peligrosas de lo necesario, lesionándose el conductor de la ambulancia⁴⁵⁵. En este caso la lesión no proviene de forma necesaria de la situación de conflicto creada por el tercero sino de otras razones. Así, a pesar de lo comprensible que pueda resultar que un cónyuge quiera acompañar al otro en el padecimiento de su enfermedad infecto-contagiosa, esa autopuesta en peligro es sólo incumbencia del que la protagoniza⁴⁵⁶, siempre y cuando no resulte necesario para la salvación del enfermo (por ejemplo, falta personal sanitario suficiente para una atención correcta).

En los casos en los que un policía o un particular se lesiona por perseguir a un delincuente por un sitio peligroso (terrazas de edificios) o en una peligrosa carrera de automóviles, normalmente no se le podrán imputar las lesiones o la muerte del policía al

⁴⁵⁴ BINDING, Normen IV, p. 617; REYES, Imputación, p. 368; WOLTER, Zurechnung, p. 345.

⁴⁵⁵ ROXIN, CPC 89, p. 762, argumenta en el caso ya visto del « contagio de viruela » (BGHSt 17, pp. 359 ss.) que la autopuesta en peligro del capellán de la clínica no es imputable al enfermo porque el capellán « podría haber contactado con los enfermos de una forma menos peligrosa ». Coincide en esta razón para excluir la imputación, CORCOY, El delito imprudente, p. 557.

⁴⁵⁶ En este ejemplo se puede apreciar como la « previsibilidad » o lo « estadísticamente frecuente o normal » no tiene nada que ver con la resolución de estos problemas.

ROXIN, CPC 89, p. 763, con respecto al « caso del contagio de viruela » señala que « es muy laudable éticamente, por cierto, que el cura no haya evadido ningún peligro para consolar a los enfermos, pero tal heroísmo es una cuestión de conciencia personal y no una causa para gravar a otros con penas ».

perseguido, ya que el delincuente sólo motiva una actuación peligrosa⁴⁵⁷. Sólo cuando concurre alguno de los supuestos ya vistos en los que esa motivación se convierte en « cuasi-autoría mediata » es imputable el riesgo al delincuente perseguido. Por ejemplo, el delincuente ha tendido una trampa-bomba a la policía o cualquier otro curso lesivo no identificable⁴⁵⁸ o el policía se ha visto obligado a autoponerse en peligro para salvar bienes jurídicos ajenos, no teniendo otra alternativa ante la situación creada por el delincuente.

V.B. « Casos límite » de autolesiones

1. Especialmente problemáticos son los supuestos en los que la víctima decide realizar algo con otra u otras personas que encierra una peligrosidad abstracta o, incluso, una pequeña probabilidad de lesión, sin asumir en absoluto el resultado⁴⁵⁹. Se trata de

457 Coinciden en esta solución: CRAMER, Schönke/Schröder, 15/155, 157; ROXIN, Gallas-FS, p. 249; el mismo, PG, 11/107; SCHUMANN, Selbstverantwortung, pp. 70 s., nota 2; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 722.

En contra, P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 151; FRISCH, Verhalten, p. 216; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/73, por partir todos de la conclusión errónea de que el cumplimiento de un deber excluye la libertad de decisión y convierte toda autopuesta en peligro o autolesión en un hecho antijurídico imputable al que motiva la actuación conforme a deber. Por ello estos autores consideran que toda motivación de una autopuesta en peligro por parte de una persona obligada jurídicamente fundamenta la imputación de ese riesgo, aunque no se haya creado la necesidad de dicha autopuesta en peligro. Vid. también en contra, PUPPE, NK, antes de 13/171, aunque considera que en estos casos se podría hablar de inexigibilidad por parte del perseguido.

458 CRAMER, Schönke/Schröder, 15/157; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 722.

459 Sobre esta cuestión, centrada tradicionalmente en la eficacia del consentimiento en el delito imprudente o en el riesgo: BACIGALUPO, PG, pp. 247 s.; BERDUGO, CPC 81, pp. 213 ss.; el mismo, El delito de lesiones, pp. 75 ss.; BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 158 ss.; CASAS, Consentimiento, pp. 43 ss.; CEREZO, PG II, pp. 99 s.; CORCOY, El delito imprudente, pp. 315 ss., 550 ss.; la misma, Imputación, pp. 54 s.; COSTA ANDRADE, Consentimiento, pp. 271 ss., 299 ss.; DÖLLING, GA 84, pp. 80 ss.; FIANDACA/MUSCO, PG, pp. 411 s.; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 116 ss.; FRISCH, NSiZ 92, pp. 1 ss., 62 ss., con un tratamiento moderno de la problemática de la autopuesta en peligro; GEPPERT, ZStW 83, pp. 969 ss.; HILLENKAMP, JuS 77, pp. 171 s.; HIRSCH, LK, antes de 32/95, 107; JAKOBS, PG, 7/126 ss., 14/12, que denomina esta cuestión como « actuación a propio riesgo »; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 32/102 ss.; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/64 ss.; MIR PUIG, ADP 91, pp. 265 ss.; OTTO, JuS 74, p. 710; el mismo, Tröndle-FS, pp. 169 ss.; PORTILLA, CPC 91, pp. 711 ss.; ROMEO CASABONA, CPC 82, pp. 287 ss.; ROXIN, PG, 11/98 ss.; SAMSON, SK, anexo a 16/33; SCHAFFSTEIN, Welzel-FS, pp. 563 ss.; SCHILD, Jura 82, pp. 523 ss.; SCHROEDER, LK, 16/179 ss.; STRATENWERTH, PG, nº marg. 1116; el mismo, Schw. Str. 16/28; ZACZYK, Selbstverantwortung, pp. 49 ss.

Los autores que en la doctrina alemana le niegan toda eficacia jurídica al « consentimiento en el riesgo o en la actividad » son recogidos por DÖLLING, GA 84, p. 83, nota 94 y SCHAFFSTEIN, Welzel-FS, p. 568.

ROXIN, Gallas-FS, pp. 252 s. (un viaje en moto en condiciones más peligrosas de lo permitido), NSiZ 84, p. 412 (inyectar una dosis de heroína a un amigo) y PG, 11/100 (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o con exceso de velocidad a petición del acompañante) tiene razón al señalar que al igual que en los supuestos más evidentes de autolesión o autopuesta en peligro no se debe imputar el resultado en estos casos, pero la equivalencia no es tan sencilla ni tiene que ser automática como parecen aparentar estos textos de ROXIN.

Así, por ejemplo, se han manifestado en contra de esta posición de ROXIN, DÖLLING, GA 84, pp.

supuestos en los que en principio no es evidente el recurso a un favorecimiento de una autolesión⁴⁶⁰ ya que no se puede decir que el tercero no lesionado no haya llevado a cabo algo idóneo o suficiente para matar o lesionar. Pero tampoco es posible acudir al consentimiento en el resultado ni al « consentimiento en el riesgo », ya que muchas veces la referencia a este consentimiento no es más que una ficción⁴⁶¹. Entre otros ejemplos manejados por la doctrina se pueden citar los siguientes: relaciones sexuales sin protección contra la enfermedad del SIDA⁴⁶², un heroinómano le inyecta una dosis de heroína a un amigo suyo en los servicios de un establecimiento hostelero y éste fallece como consecuencia de una sobredosis⁴⁶³, números circenses como el lanzamiento de cuchillos con peligro para una persona⁴⁶⁴, llevar a alguien en un medio de transporte o

80 s.; HIRSCH, LK, antes de 32/94.

⁴⁶⁰ Cfr. COSTA ANDRADE, Consentimiento, pp. 272 s.

⁴⁶¹ BURGSTALLER, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 124 ss.; CORCOY, El delito imprudente, p. 316; COSTA ANDRADE, Consentimiento, pp. 287, 295 ss., con más referencias; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, pp. 200 ss.; el mismo, SchwZStr 88, pp. 372 s.; FIEDLER, Fremdgefährdung, p. 72; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 22 ss., 156 ss.; GEPPERT, ZStW 83, pp. 993, 996, señala como estos son los supuestos realmente problemáticos para la doctrina; GÖBBEL, Einwilligung, p. 26; MÜNZBERG, Verhalten, pp. 306 s.; OTTO, Tröndle-FS, p. 175; PORTILLA, CPC 91, pp. 727 ss.; PREUSS, Untersuchungen, pp. 142, 160; ROXIN, Gallas-FS, p. 250; SCHROEDER, LK, 16/179; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 724, con más referencias; WEBER, Baumann-FS, p. 45; ZACZYK, Selbstverantwortung, p. 51.

JAKOBS, PG, 7/129, señala que en estos casos no se puede hablar de consentimiento, ya que no existe un « consentimiento imprudente », pero que ello no importa ya que lo decisivo es la incumbencia de la víctima y el consentimiento no es más que un supuesto especial de incumbencia de la víctima.

Esta conclusión mayoritaria conduce a de la GANDARA, Consentimiento, pp. 169, 176, 251, a afirmar siempre la existencia de un tipo de resultado, doloso o imprudente, en estos supuestos.

⁴⁶² Algunos datos sobre esta enfermedad se pueden encontrar en la S. T. S. de 18 de noviembre de 1991 (Pte. de Vega).

La discusión en Alemania sobre este tema de la transmisión del virus VIH (virus de inmunodeficiencia humana) se ha disparado a raíz de las sentencias BGHSt 36, pp. 1 ss. y JZ 90, pp. 195 ss. con comentario favorable de FRISCH, NStZ 90, pp. 362 ss. y RUDOLPHI, JZ 90, pp. 197 ss. y la sentencia del Tribunal Superior de Baviera NJW 90, pp. 131 ss., con comentario favorable de DÖLLING, JR 90, pp. 474 ss. y HUGGER, JuS 90, pp. 972 ss., en la que el acusado mantiene relaciones sexuales con su compañera sentimental de 16 años sin protección por la insistencia de ésta. La joven conocía la enfermedad de su compañero. En este caso se absolvió al compañero infectado.

Una breve reseña de otros casos en los que los tribunales alemanes se han ocupado de la transmisión del virus VIH son recogidos en RENGIER, Jura 89, pp. 226 s. y SCHERF, AIDS, pp. 28 ss.

Sobre el tema se puede consultar la siguiente bibliografía: ARLOTH, NStZ 87, pp. 408 s.; BITTMAN, ÖJZ 87, pp. 487 ss.; BRUNS, MDR 87, p. 356; el mismo, NJW 87, p. 2282; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 221 ss.; DREHER/TRÖNDLE, StGB, 222/15 b; FRISCH, NStZ 92, pp. 66 s.; GEPPERT, Jura 87, passim; HERZBERG, SIDA, pp. 121 ss.; JAKOBS, Imputación, pp. 111 s.; LUZON, SIDA, pp. 14 ss.; MEIER, GA 89, pp. 207 ss.; OTTO, Tröndle-FS, pp. 166 s., con más referencias; PRITZWITZ, JA 88, passim; el mismo, NJW 88, pp. 2942 s.; RENGIER, Jura 89, pp. 225 ss.; SCHLEHOFER, NJW 89, passim; SCHÜNEMANN, JR 89, pp. 89 ss.; el mismo, Rechtsprobleme von AIDS, passim; el mismo, SIDA, pp. 25 ss.; el mismo, Probleme des AIDS-Komplexes, pp. 93 ss.; WEBER, Baumann-FS, pp. 54 s., con referencias a casos concretos de la jurisprudencia suíza; ZACZYK, Selbstverantwortung, pp. 58 s.

⁴⁶³ PORTILLA, CPC 91, p. 726, a favor de la impunidad. En contra, DÖLLING, GA 84, p. 93, considera que se trata de un homicidio imprudente, ya que no se persigue nada valioso con esta actividad, sino, por el contrario, algo desvalorado por el ordenamiento jurídico.

⁴⁶⁴ SCHMIDHÄUSER, PG, 9/34.

vehículo en circunstancias más peligrosas de lo normal (vehículo defectuoso, conductor que ha ingerido drogas o bebidas alcohólicas, tormentas, etc.) conocidas por el que comparte el peligro⁴⁶⁵, dos camioneros realizan un simulacro de accidente para engañar al

⁴⁶⁵ Cfr. ROXIN, Gallas-FS, pp. 252 s.; el mismo, PG, 11/98 ss.

En la Jurisprudencia alemana existen casos abundantemente tratados por la doctrina como el de la sentencia RGSt 57, pp. 172 ss. (« caso del barquero » o « caso del Memel »), en el que el conductor de un ferry atraviesa con dos viajeros el crecido río Memel durante una tormenta. Todos tenían claro que teniendo en cuenta las circunstancias atmosféricas emprendían algo peligroso para sus vidas. Los dos viajeros, que habían sido previamente avisados por el barquero del peligro que corrían, mueren en la travesía mientras el barquero sobrevive al naufragio. En esta sentencia se absuelve al barquero, negando que infringiera ningún deber. Muestran su acuerdo con el resultado al que llega la sentencia, DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, p. 208; ROXIN, PG, 11/100; ZACZYK, Selbstverantwortung, p. 58. DÖLLING, GA 84, p. 93, considera, por el contrario, que el barquero ha realizado un homicidio imprudente porque la finalidad de los viajeros de realizar el viaje lo más deprisa posible no compensa el desvalor de la puesta en peligro de la vida. Por el contrario, para este autor sería válido el consentimiento si la actividad tuviera una « finalidad positiva » como visitar al padre moribundo antes de su muerte, ya que para DÖLLING este es un deber moral. En contra de DÖLLING, WEBER, Baumann-FS, p. 51. REYES, Imputación, p. 178, considera que se le deberían imputar las muertes al barquero « puesto que al desempeñar un servicio público poseía una posición de garante respecto de sus pasajeros, en virtud de la cual debía evitarles los riesgos que como consecuencia de su actividad pudieran derivarse ». REYES no se da cuenta que toda posición de garante tiene límites, sobre todo en casos de « imprudencia » con uno mismo. Hace falta fundamentar porqué alguien es garante incluso de proteger a otras personas de sus propias decisiones.

O la sentencia BGH VRS 17, p. 277, en la que cuatro personas deciden realizar un viaje en un motoscooter. Debido al exceso de personas el conductor pierde el control del vehículo y como consecuencia del accidente fallece uno de los cuatro ocupantes. En la sentencia se tiene en cuenta el consentimiento con respecto a las lesiones pero no con respecto a la muerte. DÖLLING, GA 84, p. 93, considera que se trata de un supuesto de homicidio imprudente, por las mismas razones señaladas con respecto al caso anterior. Como señala GEPPERT, ZStW 83, p. 982, el realizar tal viaje huyendo de unos perseguidores que quieren darles una paliza, supone una situación de necesidad, pero dicha solución no tiene que ver ya con el consentimiento.

Sobre la problemática del consentimiento en viajar con una persona que no está capacitada para conducir por la influencia de bebidas alcohólicas: GEPPERT, ZStW 83, *passim*, en especial pp. 980 ss., con abundantes referencias; R. HASSEMER, Schutzbedürftigkeit, pp. 83 ss.; HILLENKAMP, JuS 77, pp. 166 ss.; HIRSCH, LK, 226 a/13, con abundantes referencias jurisprudenciales; JAKOBS, PG, 7/127; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 32 ss./105, con abundantes referencias jurisprudenciales; OTTO, Jura 84, p. 538; PREUSS, Untersuchungen, pp. 152 ss., con más referencias; ROXIN, Gallas-FS, p. 253; el mismo, PG, 11/100; WEBER, Baumann-FS, pp. 44, 52, con más referencias jurisprudenciales y doctrinales; ZACZYK, Selbstverantwortung, p. 59.

El T. S. alemán en algunas sentencias y algunos autores han llegado a la conclusión de que en el ámbito del tráfico viario el consentimiento que realizan los ocupantes del vehículo tiene eficacia para los delitos puros de resultado que protegen bienes jurídicos individuales pero no para los delitos de riesgo en los que se protegen bienes jurídicos colectivos como la seguridad en el tráfico (cfr. DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 151 ss.). Cfr. las críticas a esta opinión con respecto a los delitos de peligro concreto de P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 141 s.; GEPPERT, ZStW 83, p. 986; JAKOBS, PG, 7/notas 165 y 193; HILLENKAMP, JuS 77, pp. 166 ss.; HORN, SK, antes de 306/12; OTTO, Jura 91, p. 444, con más referencias, ROXIN, PG, 13/33 y SCHÜNEMANN, JA 75, p. 723. Sobre esta discusión, todos con abundantes referencias, BEULKE/SCHRÖDER, NSZ 91, pp. 394 s.; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 140 ss.; GEPPERT, ZStW 83, pp. 983 ss., 998; OTTO, Jura 91, pp. 444 s.; SCHAFFSTEIN, Welzel-FS, p. 574; WEBER, Baumann-FS, p. 52, apoyando la doctrina jurisprudencial de su país; WELZEL, PG, p. 453.

En mi opinión, no se puede decir que alguien pone en concreto peligro la vida o la integridad de las personas si ese peligro es imputable a una decisión de la persona puesta en peligro, por lo que la decisión de la víctima impide la imputación de este elemento típico a otras personas. En estos casos, la conducta sólo será punible, en caso de que nadie más haya sido puesto en peligro, a través de un delito de peligro abstracto, si éste existe. En caso de que no exista un delito de peligro abstracto que tipifique dicha conducta, ésta será impune si nadie más, además del que ha decidido ponerse en peligro, se ha visto afectado por la actividad peligrosa. La solución a la que se llegue no depende de la *ratio* de los preceptos

seguro,⁴⁶⁶ etc⁴⁶⁷.

2. La doctrina más tradicional ha mantenido en muchos de estos casos la impunidad basándose en que falta la infracción de un deber de cuidado⁴⁶⁸. Es cierto que en estos casos en los que el no perjudicado carece de un mayor conocimiento sobre las circunstancias del hecho que el perjudicado parece más que dudoso que se pueda afirmar la existencia de un injusto imprudente. Como ya señalé supra Capítulo 1º (III.C.1.2) y profundizaré infra Capítulo 5º no hay que entender como cuidado necesario en el tráfico todo cuidado posible, sino sólo el estrictamente necesario para que la vida social se pueda desarrollar de una forma razonable. En Derecho, la inevitabilidad no se mide sólo por el poder, sino también por el deber. Pues bien, desde un punto de vista teleológico parece inadecuado e inidóneo que se le obligue a un tercero a ser más cuidadoso con los bienes de otro que éste lo es con sus propios bienes⁴⁶⁹. ¿Se le puede reprochar a alguien que no ha sido un ciudadano prudente y cuidadoso cuando la persona lesionada ha hecho exactamente lo mismo o se ha despreocupado de sus propios bienes? Un amplio sector doctrinal ha llegado a la conclusión de que no se puede legitimar un deber de cuidado cuando el lesionado conoce la actividad peligrosa en la que está participando como víctima potencial, siendo éste un supuesto de riesgo permitido o adecuación social⁴⁷⁰. La

que regulan los delitos de riesgo (tanto de peligro abstracto como concreto) en nuestro ordenamiento o de la decisión de si protegen bienes jurídicos colectivos o intentan evitar ciertos riesgos para bienes individuales en subsistemas sociales muy determinados, ya que, aunque se entienda que se protege un bien jurídico supraindividual, falta un elemento del tipo objetivo que no se le puede imputar al autor (en sentido contrario, DOVAL, Fraude Alimentario, pp. 348 ss.).

⁴⁶⁶ NJW 1991, p. 1120.

⁴⁶⁷ Más ejemplos en OTTO, Jura 84, p. 538.

⁴⁶⁸ FRISCH, Verhalten, pp. 115, nota 72, 117.

El T. S., en sentido contrario, ha afirmado en muchos supuestos la responsabilidad penal. Por ejemplo, las SS. T. S. de 23 de diciembre de 1963 (Pte. García Gómez) y 20 de diciembre de 1978 (Pte. Díaz Palos).

⁴⁶⁹ EXNER, Frank-FG, pp. 590 s.; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 37, 116 ss.; JAKOBS, PG, 7/129; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/64; NEUMANN, JA 87, p. 248; OTTO, Jura, p. 539; el mismo, PG, 10 I 4 f; PUPPE, NK, antes de 13/175, de forma matizada. En contra, HIRSCH, LK, antes de 32/94.

⁴⁷⁰ BERDUGO, El delito de lesiones, pp. 77 s.; CORCOY, El delito imprudente, pp. 315 ss.; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 116 ss., 156 ss., incluyendo supuestos en los que la víctima comete una « imprudencia inconsciente »; FRISCH, Verhalten, p. 117; GEPPERT, ZStW 83, pp. 995 ss., en los supuestos de autopuestas en peligro voluntarias; HILLENKAMP, JuS 77, pp. 171 s., como elemento del riesgo permitido; HIRSCH, ZStW 74, pp. 95 s.; JESCHECK, PG, 54 IV 3, que considera que el principio de autorresponsabilidad excluye la lesión del deber de cuidado; KREY, JuS 71, p. 250; el mismo, PE, 1/120 ss.; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/49, 64; H. MAYER, PG, p. 188, como un elemento del riesgo permitido; PORTILLA, CPC 91, p. 717; PREUSS, Untersuchungen, pp. 133 ss.; PUPPE, NK, antes de 13/167; SCHMIDHÄUSER, PG, 8/142, 9/34, como elemento del riesgo permitido. Más referencias doctrinales y jurisprudenciales en DÖLLING, GA 84, p. 74; GEPPERT, ZStW 83, p. 992. También la jurisprudencia alemana (RGSt 57, pp. 173 s., JW 25, p. 2252; BGHSt 4, p. 93, 7, p. 115, 9, p. 154 y 23, p. 228).

La mera infracción de una norma extrapenal no hace que estos supuestos cobren relevancia jurídico-

solución en los supuestos de imprudencia se puede encontrar en los límites y alcance del deber de cuidado en una sociedad que no está obsesionada por la protección de bienes jurídicos. Por el contrario, no es posible negar la existencia de un injusto jurídico-penal cuando el que lesiona actúa con dolo eventual, como sucede en los supuestos de contagio del SIDA⁴⁷¹ debido a que se mantienen relaciones sexuales sin ningún tipo de protección (preservativo) a pesar de conocer la presencia de la enfermedad. Es decir, la solución tradicional resuelve la cuestión en el ámbito del tipo subjetivo: ¿Hasta dónde hay que ser

penal, como equivocadamente señala una línea jurisprudencial alemana (RGSt JW 25, pp. 2251 s.; BGHSt 7, pp. 114 s.; OLG Karlsruhe, NJW 67, p. 2322) (en el mismo sentido, P. FRISCH, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 139 s., 142 ss., criticando a GEPPERT y en contra, WEBER, Baumann-FS, pp. 51 ss.; el mismo, Spindel-FS, p. 380 y passim); el tipo imprudente no se fundamenta en la mera infracción de una norma de peligro abstracto.

JESCHECK, PG, 47 II 3 b) y 57 IV, ubica la solución del problema en el marco del deber subjetivo de cuidado (culpabilidad).

En contra, considerando que ni el deber de cuidado ni la adecuación social son los instrumentos dogmáticos más idóneos para resolver esta constelación de casos, DÖLLING, GA 84, pp. 80 ss.; HIRSCH, LK, antes de 32/93 ss.; SCHROEDER, LK, 16/177 ss.

DÖLLING, GA 84, pp. 91 ss. y JR 90, p. 477, considera que el consentimiento en el riesgo de muerte o lesiones graves podría ser resuelto a través del riesgo permitido, aunque ello implique una delimitación más difícil. Su propuesta consiste en resolver los problemas de consentimiento en el riesgo mediante una ponderación de los intereses en juego en la situación concreta. Considera que el consentimiento en los supuestos en los que está en juego la vida o la salud sólo es válido cuando los valores perseguidos por la actividad, teniendo en cuenta también la autonomía personal en juego, sobrepasan el desvalor de la causación imprudente de la muerte. En realidad su solución tiene que ver con una causa de justificación. Pero no con el consentimiento, sino con el estado de necesidad de acuerdo con valores sociales. Es decir, el consentimiento en el peligro sólo es válido teniendo en cuenta la gravedad del riesgo que se corre y la mayor o menor valoración positiva de la finalidad que se persigue con la actividad peligrosa. Una vez más se confunde la racionalidad con la responsabilidad. El consentimiento tiene su fundamento en la autorresponsabilidad. El estado de necesidad o soluciones afines que priman al interés preponderante en los supuestos de autolesión o autopuesta en peligro tiene su fundamento en la racionalidad. Además, DÖLLING, al no señalar los criterios de racionalidad cae en una técnica de resolución de casos de acuerdo con la moral del intérprete. Así, por ejemplo, considera en la p. 91 que una travesía peligrosa de un río es penalmente irrelevante para visitar a un padre moribundo (deber moral), pero no por llegar antes a casa. En un sentido similar a las tesis de DÖLLING, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 287; GÖBBEL, *Einwilligung*, pp. 38, 45; HELGERTH, *NStZ* 88, pp. 263 s., asume la posición de DÖLLING para solucionar los problemas de contagio del virus VIH, llegando a la conclusión de que sólo existe un consentimiento válido en el marco de las relaciones coyugales debido a la valoración positiva que la relación conyugal recibe en el marco del ordenamiento jurídico; HIRSCH, LK, antes de 32/95; JAKOBS, PG, 7/130, 14/12, aunque este autor determina la resolución del conflicto mediante una operación objetiva de acuerdo con razones atendibles por el ordenamiento jurídico o, lo que es lo mismo, « motivos racionales »; LENCKNER, *Schönke/Schröder*, antes de 32 ss./104 s.; STRATENWERTH, PG, nº marg. 1116, considera el consentimiento válido cuando se realiza debido a razones al menos defendibles objetivamente; el mismo, *Schw. Str.* 16/28; WEBER, Baumann-FS, p. 50, con más referencias; BGHSt 7, pp. 115 ss. Hay que señalar que la argumentación de estos autores se encuentra muy condicionada por el Derecho positivo alemán, y que es dudoso que esta idea sea trasvasable de forma directa para solucionar los problemas que ofrece el Derecho español. En contra de dicha posición, a través de la crítica a la sentencia BGHSt 7, pp. 115 ss., SCHAFFSTEIN, *Welzel-FS*, pp. 569 s., por considerarla arbitraria.

⁴⁷¹ La concurrencia de dolo eventual con respecto a la creación del riesgo de muerte o lesiones en estos casos es generalmente aceptada por la doctrina: ARLOTH, *NStZ* 87, p. 409; BRUNS, *MDR* 87, p. 356; el mismo, *NJW* 87, p. 693; FRISCH, *JuS* 90, p. 369; el mismo, *NStZ* 92, p. 3; GEPPERT, *Jura* 87, pp. 669 ss.; HERZBERG, *NJW* 87, pp. 1465 s.; KUNZ, *SchwZStR* 90, pp. 57 ss.; MAYER, *JuS* 90, pp. 784 ss., 788; RENGIER, *Jura* 89, pp. 226 ss.; ROXIN, PG, 11/103.

cuidadoso ? Pero esta solución en sede del tipo subjetivo parte de una visión puramente causal del tipo objetivo. Teniendo en cuenta el principio de autorresponsabilidad como elemento que nos permite fijar el ámbito de protección de los tipos, es posible llegar a solucionar esta problemática en el ámbito del tipo objetivo⁴⁷². Ello nos obliga a plantearnos si realmente estas conductas son subsumibles en el tipo objetivo de los delitos puros de resultado. En definitiva, la cuestión se reduce, de acuerdo con una concepción moderna del tipo, a valorar si viajar con un conductor en estado de embriaguez o mantener contactos sexuales con una persona dedicada a la prostitución son conductas que se han definir como una autolesión libre y responsable o como matar o causar una lesión a otro. Si no existe tipo objetivo, no hará falta negar el injusto por falta de la infracción de un deber de cuidado. Además, mediante la referencia al deber de cuidado con respecto a la actuación de terceros se han solucionado tradicionalmente las « autopuestas en peligro concreto conscientes » (« consentimiento en el riesgo »), pero no se ha podido solucionar de forma satisfactoria la problemática de las « autopuestas en peligro inconscientes » (« consentimiento en la actividad »). Sólo teniendo en cuenta el principio jurídico-constitucional de autorresponsabilidad como un criterio que nos ayuda a fijar valorativamente el alcance del tipo objetivo se puede alcanzar, en mi opinión, una solución satisfactoria. De esta manera se consigue llegar a soluciones que no « chirríen » dentro del marco de nuestro sistema jurídico, debido a una excesiva obsesión por proteger bienes jurídicos.

3. Posteriormente, la doctrina ha buscado muchas veces la solución denominando estos supuestos como de « actuación a propio riesgo »⁴⁷³, pero ello no es más que otra

⁴⁷² FRISCH, Verhalten, p. 117; ROXIN, Chengchi Law Review, p. 224; SCHROEDER, LK, 16/178.

⁴⁷³ Sobre esta institución de origen civil, DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 13; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 42 ss., 157 s.; GEPPERT, ZStW 83, pp. 988 ss., en profundidad, otorgándole sólo relevancia a efectos de determinación de la pena; JAKOBS, PG, 7/129 s., como un instituto que excluye la tipicidad de la conducta, aunque no le otorga una efectividad ilimitada; el mismo, Imputación, pp. 109 ss., se refiere a la « competencia de la víctima » como una institución jurídico-penal que configura la problemática de la « imputación objetiva del comportamiento » junto al riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso; KREY, PE, 1/120 ss.; MÜNZBERG, Verhalten, pp. 305 ss.; PREUSS, Untersuchungen, pp. 144 ss., en profundidad, con más referencias; REYES, Imputación, pp. 167 ss.; ROXIN, Gallas-FS, pp. 250 s.

WELZEL, PG, p. 98, llama la atención sobre este instituto civil para un problema que el mismo WELZEL considera deficientemente resuelto por la doctrina.

El trabajo más completo sobre la « actuación a propio riesgo » en la literatura jurídico-penal es el de DERKSEN en su monografía Handeln auf eigene Gefahr, con abundantes referencias.

Sobre la « actuación a propio riesgo » en relación a la protección penal del deportista, DONATSCH, SchwZStr 90, pp. 425 s., nota 86.

Un resumen desde un punto de vista práctico del instituto desde la perspectiva de la dogmática civil, DUNZ, JZ 87, pp. 65 ss.

En contra de que se pueda de dejar de imputar un hecho cuando la víctima no conoce al menos el peligro concreto, de la GANDARA, Consentimiento, pp. 175 s.; ZACZYK, Selbstverantwortung, p. 62,

forma de designar la siguiente cuestión: ¿ Existe una autolesión atípica⁴⁷⁴ ? « Actuación a propio riesgo », desde el punto de vista que aquí nos interesa, quiere decir que de todos los posibles responsables del conflicto en el caso concreto, la víctima es la única responsable, competente o incumbente a pesar de las apariencias. Y ello sucede no sólo cuando el perjudicado quiere el resultado o conoce el peligro de la situación concreta (ámbitos tradicionales del consentimiento), sino también cuando la víctima administra y organiza sus bienes de forma descuidada. Es decir, no existe un riesgo típico cuando el titular del bien jurídico lesionado se comporta de forma descuidada en condiciones normales de motivación (equivalentes a la semiimputabilidad o a la imputabilidad). La « imprudencia de la víctima » hace perder al hecho su valoración como injusto penal. Para determinar cuando la víctima se comporta de forma descuidada hay que exigir los mismo requisitos que se exigen para la imputación de hechos delictivos (por ejemplo, no es suficiente la posibilidad de evitar el riesgo como se podría deducir de ciertas consideraciones victimodogmáticas)⁴⁷⁵. En mi opinión, no se puede decir que exista un riesgo típico cuando la potencial lesividad de ese riesgo depende de la decisión libre y responsable de la víctima de ser poco cuidadosa con sus cosas. En estos casos el hecho sólo tiene una explicación social, más allá de la puramente descriptivo-causal, porque la víctima participa de forma activa o pasiva. La doctrina alemana, a partir de la realidad de su Derecho positivo, ha buscado la solución a este tipo de problemas y otros similares mediante la referencia al *topos* de la distinción entre autolesión y heterolesión consentida⁴⁷⁶. Dentro de estos supuestos de heterolesión consentida es donde el *topos* de

especialmente contra la posición de JAKOBS.

⁴⁷⁴ La referencia de ciertos autores a la « actuación a propio riesgo » supone negar que se tenga que tratar la cuestión como un supuesto de « consentimiento en el riesgo » entendido como causa de justificación, sino que la solución se encuentra en el marco del tipo objetivo.

En mi opinión, en estos casos el favorecimiento de la autolesión es completamente atípica desde el punto de vista del art. 143 C. P. porque hablar de cooperación al suicidio cuando se está hablando de una peligrosidad abstracta o de una probabilidad de que la actividad acabe en muerte inferior al 2 %, como en los supuestos de contactos sexuales en los que uno de los intervinientes padece el SIDA, no es más que una aplicación analógica del art. 143 C. P. Sobre ello infra V.B.4. Por ello, si no se subsumen estas conductas en los delitos puros de resultado (homicidio, lesiones) la conducta carece de relevancia penañ. Esta es la cuestión a tratar en el texto.

⁴⁷⁵ Sobre estos requisitos, vid. infra Cap. 5º V ss.

⁴⁷⁶ Señalan la necesidad de tal distinción: BEULKE/MAYER, JuS 87, pp. 126 s.; CRAMER, Schönke/Schröder, antes de 32 ss./52 s; DACH, NStZ 85, p. 25; DÖLLING, GA 84, pp. 75 ss., que estructura de acuerdo con ROXIN su trabajo en estos dos grandes grupos (pp. 75 ss. y 80 ss.); ESER, Schönke/Schröder, antes de 211 ss./36, 216/11 a; HELGERTH, NStZ 88, pp. 262 ss.; HORN, JR 84, p. 514; HUGGER, JuS 90, p. 974; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 32/107; MAYER, JuS 90, p. 787; PRITTWITZ, JA 88, pp. 431 ss.; el mismo, NJW 88, p. 2942; ROXIN, Gallas-FS, pp. 243 ss., especialmente p. 250, aunque en p. 252 señale que teleológicamente algunos casos que él considera de heterolesión consentida no tienen que ser tratados de forma distinta que los supuestos de favorecimiento de una autolesión o una autopuesta en peligro, resaltando criterios muy generales para dicha equiparación (que no haya diferencia de conocimientos entre víctima y terceros, que el daño sea consecuencia del riesgo que la víctima ha decidido correr y no de cualquier otro comportamiento defectuoso del tercero, que el que se pone en peligro tenga la misma responsabilidad por el hecho realizado en común que el tercero); el

la « actuación a propio riesgo » cobra especial relevancia para solucionar « casos límite » que no son resolubles mediante la tradicional referencia al consentimiento. En realidad, se trata de delimitar las lesiones relevantes para el tipo de aquellas que no llegan a adquirir relevancia típica cuando en el hecho intervienen la persona lesionada y alguna otra persona más. Esta delimitación es más fácil y evidente cuando la conducta del tercero sólo se convierte en lesiva o peligrosa debido a la intervención de la víctima o ésta no evita el riesgo creado por otra persona cuando lo racional si se quieren preservar los propios bienes jurídicos es evitar o desactivar ese riesgo⁴⁷⁷. Pero este aspecto fenomenológico-

mismo, NStZ 84, p. 412, aunque también señala que hay casos equiparables, en los mismos términos y sin aportar nada nuevo; el mismo, PG, 11/86 ss.; RUDOLPHI, JuS 69, pp. 556 s., nota 57, como precursor de esta idea; el mismo, SK, antes de 1/81 a; SCHROEDER, LK, 16/181; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 128 s., 140 s.; ZACZYK, Selbstverantwortung, p. 17. Vid. también el trabajo del portugués COSTA ANDRADE, Consentimiento, pp. 204 ss., 271 ss., en un trabajo muy influenciado por la doctrina alemana.

Sobre las distintas propuestas para la diferenciación: OTTO, Tröndle-FS, pp. 160 ss.; ROXIN, PG, 11/102, en contra de la de DÖLLING y HELGERTH.

Ponen en entredicho la necesidad de tal diferenciación, DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, p. 27; FIEDLER, Fremdgefährdung, pp. 152 ss., que parte de una « identidad estructural » de ambos grupos de casos; FRISCH, Verhalten, pp. 116 s., 149; GÖBBEL, Einwilligung, pp. 99 ss.; M. K. MEYER, Ausschluß der Autonomie, pp. 141 ss., 148 ss., en profundidad; OTTO, Jura 84, p. 540 y Tröndle-FS, pp. 157 s., 169 ss., la considera obligada sólo por el Derecho positivo; PUPPE, NK, antes de 13/182. SCHÜNEMANN, JA 75, pp. 720 ss., NStZ 82, p. 61, JR 89, pp. 90 s., Rechtsprobleme von AIDS, pp. 474 s., SIDA, p. 44 y Probleme des AIDS-Komplexes, p. 113, considera, con diversos matices dependiendo de la época de la publicación, que ambas constelaciones merecen la misma valoración jurídica.

No se trata, pues, de una cuestión pacífica.

En la literatura en lengua española, comparten esta posición de la doctrina alemana que parte como criterio básico para el tratamiento dogmático de la cuestión de la distinción entre autolesión y heterolesión consentida: CORCOY, El delito imprudente, p. 551; de la GANDARA, Consentimiento, p. 175; MIR PUIG, PG, p. 563; el mismo, ADP 91, pp. 262 ss.; PORTILLA, CPC 91, pp. 698, 728 aunque considera que « deben tener idéntico tratamiento » (pp. 712, 729); REYES, Imputación, p. 175, considera que la distinción es válida.

Esta distinción ya ha cobrado cuerpo en nuestra Jurisprudencia a través de la S. T. S. de 17 de julio de 1990 (Pte. Bacigalupo), tomando en consideración incluso posiciones como las de ROXIN: « En casos excepcionales en los que el riesgo consentido proveniente de la acción de un tercero sea equivalente a la creación del peligro para sí por la propia víctima (p. ej. cuando el pasajero con prisa ordena al conductor del coche que acelere la velocidad del mismo por encima de lo permitido), se sostiene en la teoría la posibilidad de pensar directamente en la exclusión de la responsabilidad del que haya causado el resultado infringiendo el deber de cuidado ».

⁴⁷⁷ FRISCH, NStZ 92, pp. 62 ss.; JAKOBS, PG, 21/58 a, 29/56.

Por ejemplo, una persona incendia de una forma absolutamente evidente para la víctima la casa en la que se encuentre o abre una espita de gas, pero el perjudicado no hace absolutamente nada por no ser víctima del fuego o de la intoxicación (cfr. ESER, Schönke/Schröder, 216/11; GIMBERNAT, Estudios, p. 285; HERZBERG, Täterschaft, p. 81, nota 76; JAKOBS, PG, 21/58 a; JUANATEY, Suicidio, pp. 159, 283 ss.; ROXIN, Täterschaft, p. 568; BGHSt 19, p. 140).

En un sentido similar, la doctrina alemana mayoritaria, desarrollada sobre todo con respecto a la sentencia BGHSt 19, pp. 135 ss. (« caso Gisela »), en la que se narra como dos personas deciden suicidarse dentro de un coche mediante la intoxicación por inhalación de los gases expulsados del tubo de escape, siendo el superviviente el que apretaba el pedal del acelerador después de que la persona finalmente fallecida tomara asiento a su lado y cerrara y bloqueara la puerta del automóvil: HORN, SK, 216/11; KREY, PE, 1/103 ss.; OTTO, Tröndle-FS, pp. 164 s., considerando que en supuestos como éste de doble suicidio cada uno es autor de su propio suicidio y partícipe en el del otro; el mismo, PE, § 6 III 1 e); ROXIN, Täterschaft, pp. 566 ss., con amplias referencias a favor y en contra; WELZEL, PG, p. 286;

temporal no nos ofrece un fundamento sólido ni nos permite solucionar los supuestos más problemáticos en los que no existe esa sucesión temporal⁴⁷⁸. Lo que sucede es que cuando la víctima actúa o comienza su omisión después de la intervención del tercero es evidente que sólo ella configura el hecho. En este caso la responsabilidad o incumbencia exclusiva de la víctima por el hecho « salta a la vista ». Por ello considero que es

ZACZYK, Selbstverantwortung, pp. 40 ss. En contra, HERZBERG, Täterschaft, pp. 75 ss.; el mismo, JA 85, pp. 131, 137 s., considera que estos casos de doble suicidio parcialmente frustrado son como supuestos de coautoría en el que cada suicida se mata a sí mismo y mata al otro suicida a petición suya.

Si el tercero no es consciente de que la víctima tiene un perfecto conocimiento de lo que está haciendo o que ya ha dado su consentimiento nos encontraremos antes una tentativa inidónea (GÖBBEL, Einwilligung, p. 134; JESCHECK, PG, 34 V; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, CPC 95, p. 456; ROXIN, PG, 13/83; SCHMIDHÄUSER, PG, 8/144), al igual que cuando se da el consentimiento entre el comienzo de la tentativa y la consumación (ROXIN, PG, 13/50).

¿ Se puede decir que mata o causa una lesión la persona que le deja a otra absoluta libertad para no ser perjudicada mediante un sencillo hacer algo ? En mi opinión, ni siquiera se podría hablar de omisión del deber de socorro, porque la víctima no se encuentra desamparada. En consecuencia, no existe ninguna diferencia valorativa entre estos supuestos y el suicidio activo de propia mano. Por tanto, casos como éste tienen que ver con la tipicidad de la conducta y no con el consentimiento como causa de justificación.

Esta interpretación es perfectamente compatible con el Derecho positivo español. El actual apartado 3º del art. 143 C. P., al igual que el antiguo art. 409, equiparan en el único supuesto de favorecimiento punible de una autolesión contemplado en el C. P. la ejecución de la muerte a una cooperación. Por tanto, nuestro C. P. nos está diciendo que todo supuesto de « cuasi-autoría » no se debe entender más que como una cooperación a una autolesión. La diferencia entre este tipo de cooperación necesaria al suicidio con la realización del art. 138 (homicidio) reside en que en el supuesto del art. 143 la víctima mantiene el poder de decisión hasta el final y el hecho es consecuencia de una decisión libre y responsable. La consecuencia es, que si no existiera este art. 146, conductas como las mencionadas en esta nota serían impunes, de acuerdo con el sentido del art. 138. En la ejecución consentida de la muerte el autor no ensancha su ámbito de organización de forma ilegítima a costa de la víctima. Ello debe tenerse presente en toda futura modificación de este Título I del Libro II. Sobre este tipo de problemas en el Derecho penal español, SILVA, ADP 87, pp. 462 ss.

⁴⁷⁸ Cfr. FRISCH, Tipo, p. 124.

DÖLLING, GA 84, p. 75, considera que cualquier investigación sobre este tema debe partir de una diferenciación entre los supuestos en los que existe una causación de la muerte mediada o no por la víctima.

FRISCH, NSZ 92, pp. 62 ss., parte de la distinción entre supuestos en los que la víctima actúa posteriormente y supuestos en los que actúa al mismo tiempo, señalando porqué es más fácil defender la falta de tipo objetivo en el primer supuesto teniendo en cuenta los intereses en juego (p. 63). Realiza una distinción similar a la de FRISCH, SCHÜNEMANN, Rechtsprobleme von AIDS, p. 474.

En nuestra doctrina, en un sentido contrario al del texto, de la GANDARA, Consentimiento, pp. 175, 250, ha llegado a la conclusión de que « el criterio preferible para distinguir entre autolesión y heterolesión consentida es el de la comisión en último lugar. De acuerdo con el mismo, sólo hay heterolesión (o sea, consentimiento) si la competencia del autor se genera después de la víctima. Por consiguiente, habrá autolesión siempre que el autor y la víctima actúen simultáneamente; es decir, actúen conjuntamente en último lugar y cuando sea la víctima la que actúa en último lugar. La relevancia jurídica de que sea la víctima la última en actuar reside precisamente en que entonces es a ella a quien corresponde el dominio sobre la decisión acerca de si el hecho se lleva a cabo o no ».

Esta autora excluye de este criterio fenomenológico los supuestos de autoría mediata. Ello demuestra que este criterio fenomenológico-temporal sólo ofrece un fundamento aparente. Por un lado, como reconoce la autora, no tiene ninguna relevancia el dato de que la víctima haya actuado en último lugar si se comprueba que no actúa de forma libre y responsable (supuestos de autoría mediata). Por otro lado, el criterio se fundamenta en que la actuación en último lugar hace que el lesionado matenga el « dominio sobre la decisión ». Pero si es así el criterio fenomenológico-temporal sólo actúa como indicio probatorio, siendo lo decisivo el dato de que el hecho es fruto de una decisión de la persona lesionada. Por todas estas razones el criterio fenomenológico-temporal es inservible como fundamento de la atipicidad del hecho.

necesario abandonar criterios fenomenológicos y buscar una fundamentación sólida y racional que no haga depender la imputación de datos arbitrarios⁴⁷⁹. Por ejemplo, es preciso que en los casos de relaciones sexuales que encierran la posibilidad de contagio la imputación del hecho no dependa de la postura sexual que adopte la pareja en su relación⁴⁸⁰. Por ello me sumo en este trabajo a la línea más moderna de la doctrina alemana que busca criterios más valorativos o normativos y menos fácticos o fenomenológicos. Estos criterios tienen como denominador común la referencia al principio general de autonomía, de « autorresponsabilidad » o de « autodeterminación »⁴⁸¹. Este « principio de autorresponsabilidad » carece de determinación directa en el Derecho positivo, pero como principio de nuestro ordenamiento⁴⁸² creo que puede ser determinado por la ciencia y la Jurisprudencia hasta otorgarle unos contornos dogmáticos más o menos definidos. El desarrollo de la delimitación de la incumbencia de la víctima frente a terceros desarrollada en el apartado V.A. sobre la « autoría mediata sin tipo » intenta ser una contribución en este sentido. De acuerdo con los principios desarrollados en el capítulo anterior, el comportamiento libre y responsable de la víctima no puede tener la misma relevancia para la imputación que un proceso causal natural. De acuerdo con esta línea doctrinal moderna⁴⁸³, considero que ha de imputarse el riesgo a la víctima que

479 En el texto ya no me ocupo de las teorías subjetivas para la diferenciación porque no tienen más que un valor histórico (cfr. por todos, DÖLLING, GA 84, pp. 76 s.).

480 DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 222 s., nota 186.

481 Cfr. FRISCH, Vorsatz, p. 145; el mismo, FRISCH, Verhalten, pp. 115 ss., con nota 73, se refiere a una « decisión autónoma »; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/67; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, p. 162.

482 WOLTER, NSiZ 93, p. 8; el mismo, GA-FS, pp. 282 s.

483 En mi opinión, resultan especialmente destacables las contribuciones de los siguientes autores: FRISCH, Vorsatz, pp. 146 s.; el mismo, Verhalten, pp. 116 s., 148 ss.; el mismo, NSiZ 92, pp. 66 s.; HERZOG/NESTLER-TREMEL, StV 87, pp. 366 ss.; HOHMANN/KÖNIG, NSiZ 89, pp. 305 ss.; JAKOBS, PG, 21/56 ss.; KÖHLER, ZStW 104, p. 26; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 32 ss./52a; NEUMANN, JA 87, pp. 247 ss.; OTTO, Tröndle-FS, pp. 163 ss., 175; PRITTWITZ, JA 88, pp. 432 s.; el mismo, NJW 88, p. 2943; ROXIN, NSiZ 87, pp. 345 ss.; RUDOLPH, SK, antes de 1/81 a; SAMSON, SK, antes de 32/68, con respecto al consentimiento; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 145 ss., en especial, pp. 203 s., 227; ZACZYK, Selbstverantwortung, pp. 40 ss. Muchos de estos autores argumentan que la « cuasi coautoría con la víctima » excluye la imputación. En contra de este *topos* de la « cuasi coautoría o codominio del hecho », de forma convincente, FRISCH, NSiZ 92, p. 67.

En la discusión moderna han tenido gran importancia los comentarios críticos a la sentencia BGH JR 88, pp. 336 s., aunque diversos autores han considerado correcta la sentencia, ya que la intervención del tercero comenzó después de la pérdida de conciencia de la víctima y esta es una conducta castigada a través del § 216 como precepto especial que castiga la muerte a petición: HERZBERG, JuS 88, *passim*; el mismo, NSiZ 89, *passim*; JAKOBS, PG, 21/nota 126; ZACZYK, Selbstverantwortung, p. 42, nota 146. En esta sentencia se narra como un hombre de 70 años se inyecta un narcoanalgésico, y posteriormente su sobrino, al encontrarse a su tío inconsciente, termina de inyectarle la dosis segura para la muerte porque su tío le había pedido que lo hiciera si caía en una situación de inconsciencia sin conseguir su propósito. Sobre esta discusión no es preciso detenerse en este trabajo, porque todos estos autores están de acuerdo en que no se puede subsumir la conducta del sobrino en el tipo del homicidio, y la discusión se centra en el ámbito de protección del § 216, que no tiene ningún parecido con nuestro art. 143 C. P.

ha tomado una decisión libre sobre el inicio del riesgo o la situación de peligro, aunque ésta pierda posteriormente el control por causa imputables sólo a ella misma y no al tercero. En sentido contrario, si el riesgo no es fruto de la decisión consciente o descuidada de la víctima sino sólo del tercero no podremos hablar de una autolesión atípica. Por ejemplo, las siguientes conductas son relevantes para el Derecho penal: alguien decide acompañar a un conductor borracho, pero éste realiza una maniobra extremadamente peligrosa que no tiene nada que ver con su estado de embriaguez; la víctima decide realizar con un tercero una actividad que conlleva cierto riesgo para su integridad física, pero el tercero con su actuación hace que la actividad también encierre una probabilidad de muerte para su compañero; el pasajero de un automóvil ha sido avisado de que el conductor carece de permiso de conducción, pero no del mal estado de los frenos, etc. En estos casos el primer riesgo es consecuencia de una decisión de la víctima, pero el segundo no⁴⁸⁴. Por el contrario, no existirá un homicidio, por ejemplo, mientras que el fallecido tenga el poder de decisión y el tercero no incurra en ningún « exceso »⁴⁸⁵. En general, hay que afirmar que una decisión de la víctima consciente de su lesividad o descuidada hace que el hecho sólo se le pueda imputar a ésta, salvo que el Derecho positivo disponga lo contrario con normas especiales (por ejemplo, el art. 143 C. P.). Pero salvando estas excepciones no puede cobrar relevancia jurídico penal aquel hecho, que aún siendo realizado por un tercero, no se puede entender más que como una objetivación de la decisión o voluntad libre de la víctima. Sería absurdo que, en general, el Derecho protegiera los derechos individuales de cada uno ignorando sus decisiones o su voluntad libre (violando su derecho de autodeterminación). Ello podría tener sentido en un Estado que partiera de la consideración de que todo derecho es de propiedad comunitaria y en el que la libertad individual jugara sólo un papel secundario, pero no en un Estado en el que la dignidad de la persona con los derechos que le son inherentes es el fundamento del orden político. Por tanto, estos « casos límite de autolesión » sólo se pueden solucionar de forma satisfactoria si se realiza una interpretación sistemática que no tenga sólo en cuenta normas penales, sino también normas de rango constitucional y se toman en consideración ciertos principios jurídicos de nuestro sistema constitucional como los de autonomía y autodeterminación.

De acuerdo con la posición que mantengo aquí, aunque la víctima haya perdido la

484 PUPPE, NK, antes de 13/182.

485 BERDUGO, CPC 81, p. 220; el mismo, El delito de lesiones, p. 84; CORCOY, El delito imprudente, p. 553; HELGERTH, NStZ 88, p. 263; KREY, JuS 71, p. 250; el mismo, PE, 1/124 s.; PRITTWITZ, JA 88, p. 433; ROXIN, Gallas-FS, p. 252; el mismo, NStZ 84, p. 412; SCHÜNEMANN, JA 75, p. 723.

consciencia, el sentido o el control el resultado sólo le es imputable a ella si ha atravesado la frontera de la pérdida de control o consciencia de forma libre y responsable. Se superan así los inconvenientes en este ámbito del criterio más tradicional y más fáctico del « dominio del hecho » que conduce a que la tipicidad de la conducta dependa de que la víctima llegue o no a perder la consciencia o de datos puramente fácticos como quién es el último en « hacer algo »⁴⁸⁶. En este intento de superar una visión demasiado rígida del tipo objetivo y establecer unos criterios racionales para determinar su alcance con respecto a estos supuestos, hay que resaltar la contribución de JAKOBS⁴⁸⁷, que considera que el criterio decisivo para diferenciar los supuestos que son incumbencia de la víctima de aquellos que son exclusiva incumbencia de un tercero es el « dominio sobre la decisión »⁴⁸⁸, incluso en aquellos supuestos en los que un tercero tiene el « dominio sobre la configuración » fáctica del hecho. Sólo cuando ese « dominio sobre la decisión » es arrebatado por un tercero ya no es posible imputar el riesgo o el resultado a la víctima (cuasi autoría mediata). El defecto que sufre la víctima o las razones que le obligan a autoponerse en peligro deben ser de exclusiva incumbencia del autor. De lo contrario, nos encontramos ante una autolesión atípica (salvo lo dispuesto en los arts. 143 y 156). Como nos movemos en el ámbito del tipo objetivo, no es necesario que la víctima organice su lesión de forma dolosa, sino que basta con que haya sido descuidada o poco diligente consigo misma⁴⁸⁹. El fundamento dogmático de estos casos se encuentra en el principio de autorresponsabilidad. Si el fundamento del injusto en los delitos que afectan

486 No es un tema baladí. Para observar la relevancia de estos datos se pueden consultar las siguientes sentencias del T. S. alemán: BGHSt 13, pp. 162 ss., NJW 60, p. 1822, NStZ 84, p. 73, 32, pp. 372 ss. y el comentario crítico de la jurisprudencia alemana de GROPP, NStZ 85, pp. 97 ss. En nuestra literatura argumentan con esta idea más fáctica y menos normativa del « dominio del hecho » de la GANDARA, Consentimiento, p. 175, para la cual el criterio decisivo para delimitar los supuestos de autolesión es « el de la comisión en último lugar »; SILVA, ADP 87, pp. 462 ss. y *passim*, considerando este autor, por ejemplo, que si la víctima está inconsciente existirá un homicidio o un asesinato, aunque la otra persona ejecute la muerte con su consentimiento.

487 PG, 7/130, 21/56 ss., 21/78 a.

Es preciso señalar que las afirmaciones que de la GANDARA, Consentimiento, pp. 161 ss. pone en boca de JAKOBS no son ciertas. Precisamente afirma todo lo contrario.

488 PG, 21/58 a.

489 S. T. S. de 20 de febrero de 1993 (Pte. Conde-Pumpido): « Respecto al comportamiento de la propia víctima es evidente que nadie debe favorecer conscientemente el incremento del peligro a que están sometidos los bienes jurídicos de que es titular, y si lo hace esa asunción del riesgo de la acción del agente influye sobre la imputación objetiva de tal acción. Pero sólo si puede reprocharse a la víctima por algún título - dolo o culpa- esa asunción del riesgo puede ésta tomarse en cuenta para atenuar o excluir la imputación objetiva. Pero tal asunción del riesgo implica el conocimiento de su existencia. Si no, no hay asunción, esto es, aceptación voluntaria o negligente del peligro, sino inconsciente inmisión en su esfera. Y la inmisión inconsciente en la esfera del peligro o la inocente colaboración a la producción del resultado es irrelevante en orden a la exclusión de la imputación objetiva, pues de otro modo quedarían impunes todo el grupo de los delitos llamados de « relación » (*Beziehungsdelikte*), en los que la víctima coopera o acepta su producción (estafa, estupro, delitos de contagio, etc.) ».

a derechos individuales⁴⁹⁰ se encuentra en la arrogación de un ámbito de organización ajena o la extensión del propio ámbito de organización a costa de otro de una forma desvalorada por la ley penal, es lógico que la participación de la víctima influya en el desvalor de las conductas. Sólo existe un injusto cuando alguien interviene en el ámbito de organización de otra persona arrogándose⁴⁹¹ la preferencia normativa que ese otro disfruta en ese ámbito⁴⁹². En estos casos se deja de respetar al otro como persona que no debe ser denigrada como mero medio o instrumento para las finalidades particulares⁴⁹³. Este fundamento se encuentra generalmente aceptado con referencia al consentimiento (*volenti non fit iniuria*)⁴⁹⁴, que es el caso más claro de ausencia de arrogación de un

490 Quedan fuera de la consideración del texto los delitos que protegen intereses colectivos, comunitarios o públicos o competencias, potestades o funciones del Estado. Por ejemplo, el fundamento de ciertos delitos no reside en la arrogación del ámbito de un igual, sino en una usurpación de las funciones que el Estado detenta de forma exclusiva como, por ejemplo, supuestos de tráfico de drogas, de armas o de materiales radiactivos o sustancias nucleares.

491 El reconocimiento del otro como un igual implica que ya no se le puede obligar, coaccionar, utilizar, sino sólo tratar con él, acordar, contratar. En la medida que se acuerda, transacciona o contrata con otro se le está respetando como una personalidad libre y responsable.

492 DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 179, 181, 182 ss., 250; el mismo, GA 93, p. 172; FRISCH, *Verhalten*, p. 133; HÜWELS, *Gesetzesvollzug*, pp. 123 s.; JAKOBS, ZStW 97, pp. 762 s.; el mismo, PG, 2/25 a, 7/68, 28/14; el mismo, Arth. Kaufmann-FS, pp. 460 s., en un trabajo de gran interés para el tema que en esta parte del trabajo nos ocupa; KRATZSCH, *Oehler-FS*, p. 70; el mismo, *Verhaltenssteuerung*, p. 356; OTTO, *Schröder-GS*, p. 70; PODLECH, AK, art. 2 par. 1º/65, 67; RGUEZ. MOURULLO, PG, p. 310; SCHILD, AK, antes de 13/36; STRATENWERTH, PG, nº marg. 156, aunque desde un punto de vista no totalmente coincidente; TIMPE, *Strafmilderungen*, p. 175.

Esta idea está muy relacionada con una visión funcional de los bienes jurídicos. Si se tiene en cuenta que los tipos puros de resultado no se protegen bienes jurídicos estáticos, sino la libertad de disposición con respecto a una serie de bienes la relevancia del consentimiento para excluir la imputación del riesgo consentido se muestra como algo absolutamente evidente. Sobre esta cuestión se pueden consultar los siguientes autores: BACIGALUPO, PG, pp. 155 s., 248; BRANDTS/SCHLEHOFER, JZ 87, p. 446; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 91 ss.; GEPPERT, ZStW 83, pp. 963 ss.; GÖBBEL, *Einwilligung*, p. 20, con más referencias; KÜHNE, JZ 79, pp. 241 s.; ROXIN, PG, 13/12 ss.; SCHMIDHÄUSER, PG, 8/123 ss.; STRATENWERTH, ZStW 68, pp. 42 ss.; el mismo, PG, nº marg. 362; WEIGEND, ZStW 98, pp. 49 ss., en especial 59 ss.

Un autor de tanta relevancia para la construcción de la teoría del injusto como BINDING, Normen I, p. 298 y II, pp. 155 s., 231, utilizó el término antijuridicidad como equivalente a lesión de un derecho subjetivo insoportable para el Derecho, no implicando tal fundamentación del injusto voluntad o consciencia de tal lesión por parte del autor. Cfr. ARM. KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 12, 22 s.; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 225, nota 3.

El T. S. se ha referido en alguna ocasión para determinar la existencia de un injusto a la incidencia en una esfera jurídica ajena (S. T. S. de 19 de junio de 1987 -Pte. Soto-), aunque no se muestre evidente a lo que se refiere.

493 HRUSCHKA, *Rechtsstaat*, pp. 197 ss.; JAKOBS, Arth. Kaufmann-FS, pp. 460 ss.; M. K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie*, p. 131.

494 Muchos autores, sobre todo en los trabajos más recientes, fundamentan la eficacia del consentimiento en el derecho constitucional a la libertad de actuación o al derecho a la autodeterminación o principio de autonomía (BUSTOS/HORMAZABAL, PG, p. 305; COSTA ANDRADE, *Consentimiento*, pp. 190 ss., con más referencias; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, p. 275; de la GANDARA, *Consentimiento*, pp. 171 s., 247; GÖBEL, *Einwilligung*, pp. 21 ss. y *passim*, que considera que en esta fundamentación no existe polémica; KÜHNE, JZ 79, p. 241; M. K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie*, pp. 129 ss., siguiendo a SCHMIDHÄUSER; PORTILLA, CPC 91, p. 726; ROXIN, PG, 13/14, con más referencias; RUDOLPHI, Arm. Kaufmann-GS, pp. 392 s.; SCHMIDHÄUSER, PG, 8/123 ss.; el mismo, *Studienbuch*, 5/118 ss.). En contra, manifiesta sus dudas,

ámbito ajeno⁴⁹⁵. Si el injusto que protege bienes jurídicos individuales supone una lesión por no respetar a otro como una persona, ello no se puede predicar de los supuestos en los que existe consentimiento o asentimiento. No existe una lesión de la libertad o personalidad ajena⁴⁹⁶. En casos como los que nos ocupan no se extiende ilegítimamente la libertad de actuación a costa de otro porque no se le instrumentaliza ni se le niega como un igual del que no podemos disponer sin más en nuestro beneficio. No se le deja de tratar como a un igual. Precisamente, no se le tiene en cuenta como un inimputable que precisa una « sobreprotección » frente a sus propias decisiones porque no está capacitado para autoorganizarse. Los supuestos de « actuación a propio riesgo » -incluyendo en éstos no sólo los casos en los que existe un consentimiento *strictu sensu* sino también en los que la persona perjudicada ha sido descuidada- son un mero problema de organización interna de una persona que no tienen que cobrar relevancia social ya que no existe lesión en sentido jurídico aunque sí pueda existir una lesión en sentido fáctico, salvo que el legislador diga otra cosa por otros motivos (legislación simbólica, tabuizadora, perturbación moral, hecho que afecta a la sensibilidad de una gran parte de la población, criterios éticos, etc.⁴⁹⁷). La relevancia de la actuación de la víctima es evidente cuando los tipos protegen de forma directa bienes como la libertad en general o alguna de sus variantes o la intimidad (hurto, delitos contra la libertad sexual, amenazas y

WEIGEND, ZStW 98, p. 45, con más referencias.

MAIWALD, Consentimiento, p. 128, expone así la cuestión: « Si se parte de que el tipo penal caracteriza el «typus» delictivo y, por tanto -dejando de lado las posibles descripciones de modalidades comisivas y de situaciones subjetivas del autor- el valor contra el que atenta la acción, se plantea el problema de si los tipos penales, que protegen bienes jurídicos individuales, los protegen como tales o, por el contrario, sólo como sustrato de la autonomía del individuo. Por ejemplo, si A causa un daño a un objeto de B, ¿ ha lesionado A un valor si B ha prestado su consentimiento ? Esta pregunta sólo podría ser contestada afirmativamente si la existencia y la integridad del objeto fuera un bien merecedor de protección para la sociedad, es decir, independientemente de la persona del propietario. Pero, dado que la sociedad deja en manos del titular de la propiedad, por respeto a su poder de disposición sobre la cosa, la decisión carece de la existencia o integridad de ésta, la cosa no puede ser considerada como valor independiente de la persona del propietario. Ello significa, consecuentemente, que, más allá de la persona del propietario, falta todo sustrato para una relación de valor, de tal forma que el consentimiento del propietario ya excluye la realización del tipo de delito de daños. En mi opinión, esta idea es válida para todos los tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales ».

Sobre las razones que se han ofrecido para fundamentar el consentimiento, vid. por todos, CASAS, Consentimiento, pp. 53 ss.; CEREZO, PG II, pp. 86 s.; DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 88 ss.; P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 15; de la GANDARA, Consentimiento, pp. 67 ss.; GEPPERT, ZStW 83, pp. 959 ss.; GÖBBEL, Einwilligung, pp. 18 ss.; HIRSCH, LK, antes de 32/104; STRATENWERTH, ZStW 68, p. 42; WEIGEND, ZStW 98, pp. 46 s.

⁴⁹⁵ Consideran el consentimiento un caso especial de autolesión o autopuesta en peligro: DERKSEN, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 240 ss.; JAKOBS, PG, 7/120. ROXIN, Política criminal, p. 67, considera que « en el caso de la puesta en peligro propia y de la puesta en peligro ajena con consentimiento, es igual señalar que la imputación decae porque la víctima tiene respecto del hecho la misma responsabilidad que el autor ».

⁴⁹⁶ CARBONELL, CPC 91, pp. 663 s.; el mismo, CJ nº 10, pp. 26, 28; KÖHLER, ZStW 104, pp. 15 ss.; STRATENWERTH, ZStW 68, pp. 44 s.; ZACZYK, Selbstverantwortung, p. 31.

⁴⁹⁷ DIEZ RIPOLLES, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 210.

coacciones, detenciones ilegales, allanamiento de morada, descubrimiento y revelación de secretos, etc.), ya que si existe consentimiento a la hora de dejar entrar a alguien en la propia morada o a la hora de mantener contactos sexuales falta un elemento del tipo⁴⁹⁸. Pero también una interpretación del tipo basada en criterios materiales y no en criterios formales o causales puede conllevar, como intento defender, la atipicidad en otros supuestos si existe acuerdo, consentimiento o asentimiento⁴⁹⁹. Estos supuestos no se

498 -----
BACIGALUPO, PG, p. 155; CASAS, Consentimiento, pp. 31 s.; CEREZO, PG II, pp. 80 ss., con abundantes referencias; ESER/BURKHARDT, Derecho penal, p. 274; GEPPERT, ZStW 83, p. 950; HIRSCH, LK, antes de 32/96; JAKOBS, PG, 7/104 ss.; JESCHECK, PG, 34 I 1 b) y 3; KAMPS, Arbeitsteilung, pp. 249 s.; KÜHNE, JZ 79, p. 241; LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 32 ss./30 ss.; MIR PUIG, PG, pp. 553 s.; REYES, Imputación, pp. 164 ss.; ROMEO CASABONA, CPC 82, p. 276; ROXIN, PG, 13/2 ss., con abundantes referencias; SAMSON, SK, antes de 32/56 ss.; SCHMIDHÄUSER, PG, 8/127; STRATENWERTH, PG, nº marg. 365; WELZEL, PG, p. 95; S. T. S. de 27 de marzo de 1990 (Pte. Moyna).

Los límites de la validez de tal asentimiento o consentimiento como elemento del tipo, deben ser tratados en estudios especiales de cada figura delictiva (cfr. GÖBEL, Einwilligung, p. 14, con más referencias; ROXIN, Noll-FS, p. 276). De la GANDARA, Consentimiento, pp. 173, 248 concluye que « lo que se ha dado en denominar conformidad no es más que un consentimiento excluyente de la tipicidad con reglas especiales impuestas por la Parte Especial ».

499 Para la doctrina mayoritaria el consentimiento es una causa de justificación, salvo los supuestos ya mencionados, por lo que defiende una teoría dualista del consentimiento: BAJO, PE, p. 151; BAUMANN/WEBER, PG, pp. 320 ss.; CASAS, Consentimiento, pp. 33 ss.; CEREZO, PG II, pp. 84 ss.; ESER/BURKHARDT, Derecho penal, pp. 274 s.; GEPPERT, ZStW 83, p. 950; HERZBERG, Täterschaft, p. 74; JAKOBS, PG, 7/112, sólo con respecto a la vida y menoscabos a la salud irrecuperables; JESCHECK, PG, § 34 I 1 c); LENCKNER, Schönke/Schröder, antes de 32 ss./30 ss.; MIR PUIG, PG, p. 554, con más referencias; ROMEO CASABONA, CPC 82, pp. 276 ss.; SAMSON, SK, antes de 32/56 ss., con abundantes referencias; WELZEL, PG, p. 95. En el mismo sentido, S. T. S. de 27 de marzo de 1990 (Pte. Moyna).

MUÑOZ CONDE, PG, p. 312, prefiere tratar todos los supuestos en los que la impunidad se basa en el consentimiento como problemas de justificación y no de tipicidad, aunque realiza la misma distinción.

Consideran que el consentimiento siempre excluye la tipicidad de la conducta: ROXIN, Kriminalpolitik, p. 25, nota 57, Noll-FS, pp. 275 y passim y PG, 13/2 ss., 24/101; MAIWALD, Consentimiento, pp. 126 ss.; RUDOLPHI, Arm. Kaufmann-GS, pp. 374, 392 s.; WEIGEND, ZStW 98, p. 61 (al igual que otros autores como ARM. KAUFMANN, ARZT, HORN, KÜHNE, KIENTZY, NOWAKOWSKI, SCHMIDHÄUSER, ZIPF).

Para una recopilación bibliográfica de los autores alemanes que entienden el consentimiento como una causa que excluye la tipicidad o la antijuridicidad, incluyendo a estos autores ya citados: CORCOY, El delito imprudente, pp. 316 s.; DÖLLING, GA 84, p. 83; DONATSCH, Sorgfaltsbemessung, p. 197, nota 235; GÖBBEL, Einwilligung, pp. 20, 67; HIRSCH, LK, antes de 32/97; JAKOBS, PG, 7/notas 170 y 171; KÜHNE, JZ 79, pp. 241 s.; M. K. MEYER, Ausschluß der Autonomie, p. 137; RUDOLPHI, Arm. Kaufmann-GS, pp. 374 s.; WEIGEND, ZStW 98, pp. 46 s., 61.

En contra de los autores que consideran que el consentimiento siempre excluye la tipicidad, GEPPERT, ZStW 83, pp. 959 ss.; JAKOBS, PG, 7/112, con más referencias, al señalar que en ciertos casos se cumple el tipo aunque no se atente contra la autonomía de la víctima.

MAIWALD, Consentimiento, p. 126, exponiendo el estado de la cuestión en la doctrina alemana considera que « en los últimos tiempos esta teoría diferenciadora, mayoritaria en la doctrina penal alemana, ha encontrado una considerable resistencia. Es más, se puede afirmar que progresa en la doctrina una opinión según la cual el consentimiento en la lesión de bienes jurídicos disponibles siempre excluye la tipicidad. Yo mismo me he declarado partidario de este punto de vista. Se trata, de todos modos, de una concepción que ya fue sostenida en 1932 en la obra de Hermann Bruns ».

JAKOBS, PG, 7/120 y su discípulo GÖBBELS, Einwilligung, pp. 29 ss., 68 ss., consideran que el consentimiento excluye tipicidad de la conducta salvo cuando están en juego determinados bienes jurídicos que ellos consideran inintercambiables o básicos para el desarrollo de la personalidad (vida, lesiones graves, limitaciones graves de la libertad y lesiones graves al honor) (sobre el concepto. PG, 7/111). En

pueden entender más que como autolesiones (en sentido normativo-valorativo). El principio de autorresponsabilidad o autonomía es un filtro normativo a tratar dentro del ámbito de protección del tipo de acuerdo con una interpretación sistemática de los tipos que tiene en cuenta los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico⁵⁰⁰. Por ello el principio de autorresponsabilidad tiene efectos en el ámbito del tipo aunque la víctima no haya asumido o querido el resultado pero éste sea fruto de una decisión libre y responsable en la que no ha intervenido de forma ilegítima un tercero (« nadie puede invocar su propia torpeza »). Al mismo tiempo, desde el punto de vista del principio de autonomía es indiferente si alguien quiere realizar un hecho en solitario, quiere realizarlo conjuntamente con otros o quiere delegar su realización en terceros. La influencia del principio de autonomía en la teoría de la imputación jurídico-penal no puede depender de criterios causales o naturalísticos, al igual que las reglas de imputación de delitos no dependen de tales criterios. Evidentemente, los principios constitucionales tienen un carácter general y por eso mismo limitado y no nos permiten determinar en cada caso qué es imputable a la víctima y qué es imputable a otra persona. Por ello a lo largo de la exposición se han pretendido generalizar los criterios de imputación contemplados en el C. P. y traspasar las reglas de imputación de hechos delictivos a todo hecho que lesione bienes jurídicos (por ejemplo, exigiendo que la víctima se encuentre en una situación de inimputabilidad para poder afirmar la existencia de una autoría a través de la propia víctima, sin ser suficiente cualquier tipo de alteración psíquica).

En consecuencia, los límites a la autorresponsabilidad tratados en el apartado anterior (V.A) y que suponen la imputación del riesgo creado por la víctima a un tercero, tienen un tratamiento paralelo en todos estos supuestos de « casos límite » de actuación a

 estos supuestos el consentimiento opera sólo como causa de justificación cuando existen razones atendibles por el ordenamiento jurídico para dicho consentimiento (PG, 14/1 ss., en profundidad). En mi opinión, sin embargo, ni JAKOBS ni GÖBBEL han ofrecido argumentos claros para esta clasificación tripartita (en un sentido similar, HIRSCH, LK, antes de 32/98).

Entienden en la literatura en lengua española los supuestos de consentimiento como supuestos atípicos: BACIGALUPO, PG, pp. 155 s.; el mismo, Consentimiento, pp. 113 ss.; BUSTOS, PG, pp. 303 ss.; de la GANDARA, Consentimiento, p. 11 y passim; GARCIA VITORIA, Consentimiento, pp. 83 ss.; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, CPC 95, pp. 468 ss. MIR PUIG, PG, ubica en su manual el consentimiento al lado del caso fortuito y la adecuación en la Lección 19 que tiene un título significativo: « Entre la justificación y la exclusión de la tipicidad ».

⁵⁰⁰ ROXIN, CPC 89, pp. 761 ss.

LARRAURI, ADP 88, p. 761, adopta el « principio de la autonomía de la víctima » como un principio a tener en cuenta a la hora de determinar el ámbito de protección de la norma penal sin mayores fundamentaciones.

CARBONELL, CPC 91, pp. 664, 671 y passim; el mismo, CJ nº 10, p. 28, ha señalado como el libre desarrollo de la personalidad « es el valor superior del ordenamiento jurídico, fundamento del orden político y de la paz social, y ha de incidir en el Derecho penal como criterio de interpretación de las normas », determinando el « fin de protección de la norma penal ».

propio riesgo y consentimiento⁵⁰¹. En todos estos casos se ha de decidir quién tiene el dominio sobre la decisión de la víctima y, por tanto, a quién le es imputable el riesgo: a la propia víctima o a un tercero que usurpa su capacidad de decisión. Por ello son válidas en general las consideraciones hechas anteriormente.

4. Sin embargo, es preciso hacer una reflexión con respecto a la siguiente cuestión: ¿Tienen alguna influencia los arts. 143 y 155 C. P. en las tesis mantenidas hasta el momento ? En mi opinión, las excepciones recogidas en los arts. 143. 3 y 4 y 155 C. P. sólo se refieren a supuestos en los que los comportamientos no tienen otro sentido para los que los realizan que producir la muerte o las lesiones⁵⁰²; o, incluso, también se pueden subsumir en estos tipos aquellos supuestos en los que el sentido de lo realizado se agote en llevar a cabo una actividad que no tenga más objetivo que jugar con la enorme probabilidad de lesión, dejando el resultado plenamente al azar (ruleta rusa)⁵⁰³. Toda excepción a las reglas generales de imputación válidas para todos los delitos, como los arts. 143 y 155, deben ser interpretadas de forma restrictiva. Por ello supuestos como los del SIDA, en los que la probabilidad de contagio es mínima⁵⁰⁴, no se deben ver afectados, en mi opinión, por la regulación de estos artículos⁵⁰⁵. Desde mi punto de vista,

⁵⁰¹ HERZOG/NESTLER-TREMEL, StV 87, p. 368, basándose en las posiciones de JAKOBS y ROXIN.

⁵⁰² Desde una perspectiva general, JAKOBS, PG, 7/125 ss., 14/12 se refiere a un « consentimiento final y no final » y SCHAFFSTEIN, Welzel-FS, p. 564, a lesiones abarcadas dolosa y no dolosamente por la víctima.

LUZON PEÑA, SIDA, p. 15, defiende todavía una posición más radical que la del texto: « El suicidio requiere intención o « dolo » directo en el sujeto que se causa la muerte; por ello es impune la cooperación en una causación de la propia muerte con « dolo » eventual o con imprudencia aunque sea consciente ».

⁵⁰³ Esta afirmación supone asumir que cabe suicidio con « dolo eventual » de la víctima, como afirma cierto sector doctrinal en España (DIEZ RIPOLES, CPC 86, p. 640 y passim; el mismo, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 215, con más referencias; SILVA, ADP 87, pp. 456 s.), aunque con ésto no se haya dicho todavía mucho debido a la falta de determinación del concepto de « dolo eventual » y de sus límites en la doctrina. Sin embargo, no toda autolesión con dolo eventual se puede entender como un suicidio. Es preciso exigir ciertos requisitos objetivos. En el Derecho penal español el suicidio es un elemento del tipo objetivo del art. 143.

⁵⁰⁴ Por ejemplo, en las relaciones heterosexuales con eyaculación y sin preservativo la probabilidad de contagio en caso de mantener relaciones sexuales con una persona que padece la enfermedad se encuentra entre el 0,1 y el 1% (cfr. FRISCH, JuS 90, pp. 364, 367; el mismo, Meyer-GS, p. 563; RENGIER, Jura 89, p. 228).

⁵⁰⁵ En el mismo sentido, BACIGALUPO, PG, p. 248; BERDUGO, CPC 81, pp. 219 s.; el mismo, El delito de lesiones, pp. 83 s., con respecto a las lesiones; CASAS, Consentimiento, p. 48; DIEZ RIPOLES, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, pp. 211, 215; de la GANDARA, Consentimiento, pp. 168, 176, 185, 250 ss.; GLEZ. RUS, PE, p. 28; MIR PUIG, ADP 91, pp. 266 s., con una brillante fundamentación; MONTERO, Consentimiento, p. 83; PORTILLA, CPC 91, pp. 702 s., nota 31, 723, 727.

En contra, CEREZO, PG II, p. 100, que no admite el consentimiento como causa de justificación en el homicidio culposo, aunque lo admita en las lesiones corporales culposas; ROMEO CASABONA, CPC 82, p. 289; TORIO, ADP 80, p. 91; SS. T. S. de 22 de octubre de 1981 (Pte. García Miguel) y 17 de julio de 1990 (Pte. Bacigalupo): « La imprudencia temeraria, en sí misma, no se ve afectada, dado que la

exceptuando los supuestos en los que el único objetivo de una actividad es la muerte o la lesión psíquica o física o, incluso, jugar con una considerable probabilidad de que éstas se produzcan (supuestos especialmente contemplados en el C. P. en los arts. 143 y 155), no se le puede imputar un riesgo o una lesión a alguien cuando el riesgo o la lesión es fruto de una decisión libre y responsable del sujeto pasivo. Estos artículos desvaloran determinadas modalidades de conducta, pero no se puede deducir de los mismos una absoluta indisponibilidad de la vida o la salud o el desvalor de toda conducta que pueda ser lesiva para dichos bienes. La vida y la salud no son derechos indisponibles en general, sino sólo derechos indisponibles en determinados supuestos en los que concurren determinados requisitos objetivos y subjetivos. No considero que los arts. 143 y 155 C. P., al ser normas absolutamente especiales, puedan condicionar los criterios o reglas generales de imputación. Por ello, no se pueden entender más que como excepciones a criterios o reglas generales que deben ser desarrollados sin tener en cuenta estas excepciones. De lo contrario, todo combate de boxeo tendría que ser calificado como un hecho delictivo, lo que contradice nuestra realidad jurídica⁵⁰⁶. Considero que

norma que impone un alto deber de cuidado en relación a la jerarquía de los bienes jurídicos afectados, no disminuye la intensidad de su protección por el consentimiento de la víctima, en la medida en que la vida no es un bien jurídico disponible. En tales casos, por lo tanto, la falta de interés del titular del bien carecerá de efecto neutralizador de la protección penal. Dicho de otra manera: el fin de protección de la norma de cuidado no se ve afectado en los supuestos que estamos tratando ». Esta sentencia considera que se debe tener en cuenta una circunstancia atenuante analógica con respecto al consentimiento ya que « si bien es claro que se ha vulnerado plenamente el bien jurídico vida, no lo es menos que la autodeterminación de la víctima, como consecuencia del consentimiento, no se ha visto lesionada y ello determina una atenuación necesaria ».

La doctrina alemana se ha encontrado con un problema similar con respecto al § 216 C. P. alemán, en el que se castiga el homicidio a petición. Ciertos autores (ROXIN, SAMSON, SCHAFFSTEIN, SCHROEDER) han afirmado que la tabuización del § 216 sólo va dirigida a aquellos supuestos en los que la actividad del tercero va dirigida finalmente a acabar con una vida ajena. Vid. los siguientes autores, con referencias de los autores ya citados, para comprobar la creciente importancia de esta posición en la literatura moderna: FRISCH, NSZ 92, p. 67; OTTO, JuS 74, p. 710; PUPPE, NK, antes de 13/176; WEBER, Baumann-FS, p. 48; SCHÜNEMANN, JZ 75, p. 723; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 229 ss. Cada vez es más evidente en la literatura alemana que el § 216 no tiene ninguna eficacia con respecto a los homicidios imprudentes. En contra, P. FRISCH, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 129 ss.; GEPPERT, ZStW 83, pp. 983, 987 s., con más referencias, considerando que el C. P. alemán ha definido la vida como un bien indisponible, aunque posteriormente ha variado este autor su posición en Jura 87, p. 672, nota 32; JÄHNKE, LK, 222/21; JESCHECK, PG, 56 II 3, con más referencias; KREY, JuS 71, p. 250; el mismo, ZStW 90, p. 197; MAURACH/GÖSSEL, PG, 43/66; MAYER, JuS 90, p. 788; SCHMIDHÄUSER, PG, 8/142; WELZEL, PG, pp. 97 s.

Una posición intermedia ocupan autores como DÖLLING, ENGISCH, GÖBBEL, HIRSCH, JAKOBS, LENCKNER, STRATENWERTH, WEBER que consideran que el consentimiento es válido cuando viene motivado por razones objetiva, material o racionalmente atendibles (equivalentes a un estado de necesidad). Se acerca a la posición de estos autores, WEIGEND, ZStW 98, pp. 69 ss. De esta manera se superan los problemas que se darían en ámbitos útiles socialmente, como el de los tratamientos quirúrgicos, en los que siempre existe una probabilidad de muerte.

Resumen la discusión en la doctrina alemana, SCHROEDER, LK, 16/180; WALTHER, Eigenverantwortlichkeit, pp. 34 ss.

Esta posición está muy vinculada a la regulación de cada país. Mi opinión en el marco de nuestro C. P. queda reflejada en el texto.

⁵⁰⁶ Sobre la impunidad del boxeo, con base en la idea del consentimiento, DÖLLING, ZStW 96, p.

sólo concebidas como reglas especiales se pueden entender como normas respetuosas con los valores constitucionales superiores, aunque se « extralimiten » en su función de protección.

Así, por ejemplo, lesionar a alguien porque se le lleva en coche un poco por encima del límite de velocidad a petición suya no se puede calificar como una lesión típica. Falta un mínimo merecimiento de pena ya que las normas no tienen la finalidad de proteger a los ciudadanos contra sí mismos, salvo las excepciones especialmente contempladas en las leyes. Por el contrario, si alguien conduce por encima de los límites aprovechándose de que su novia que le acompaña se ha dormido, todo resultado que se produzca es sólo imputable al conductor, ya que no se dan los requisitos de una decisión libre y responsable, y ello aunque la acompañante supiera que su novio no suele repetir los límites de velocidad cuando ella no lo controla.

5. La problemática de la « actuación a propio riesgo » en « casos límite » se puede ejemplificar analizando con cierto detalle la problemática del contagio del VIH (virus de inmunodeficiencia humana) mediante relaciones sexuales o mediante la utilización conjunta de la misma jeringuilla para inyectarse droga⁵⁰⁷. Esta cuestión muy concreta también nos puede ilustrar sobre las dificultades que existen para determinar la frontera entre una autolesión libre y responsable y la imputación del hecho a un tercero. Sobre todo en supuestos como éste en el que el detentador de los bienes jurídicos lesionados y un tercero crean conjuntamente en un mismo ámbito espacio-temporal un riesgo para la vida o salud del primero. En primer lugar, se puede afirmar que el riesgo que entraña una relación sexual es imputable a un tercero si éste infringe sus deberes como garante⁵⁰⁸. Es

64; MONTERO, Consentimiento, pp. 80 ss.

⁵⁰⁷ En casos como éste se puede apreciar la importancia de una correcta teoría de la imputación de riesgos. Normalmente será imposible demostrar la relación de causalidad entre la relación sexual y el contagio, al existir la posibilidad de que existan otras relaciones u otras posibilidades de contraer la enfermedad. Por tanto, normalmente será imposible imputar el resultado (cfr. BRUNS, MDR 87, p. 356; el mismo, NJW 87, p. 694; DIAZ PITA, C. J. n.º 11, p. 31; DREHER/TRÖNDLE, StGB, 223/6 b; FRISCH, K. Meyer-GS, p. 533; HERZOG/NESTLER-TREMEL, StV 87, p. 363; KUNZ, SchwZStR 90, p. 47; LUZON, SIDA, p. 13; RENGIER, Jura 89, p. 227, con más referencias; SCHÜNEMANN, JR 89, p. 90; el mismo, SIDA, p. 44), sobre todo teniendo en cuenta el largo proceso de incubación de la enfermedad. Sólo se podría llegar a imputar el resultado en algún supuesto de relaciones claramente monogámicas (cfr. LUZON, SIDA, p. 14; SCHÜNEMANN, SIDA, p. 44). En Alemania, por ejemplo, en la sentencia BGH, NJW 90, p. 129, se estableció la relación casual.

Una problemática similar es planteada por enfermedades como la hepatitis B que tiene vías de contagio similares.

La S. A. P. de Sta. Cruz de Tenerife de 30 de enero de 1996 condenó (por lesiones imprudentes) a una persona infectada con el virus VIH por tener un contacto sexual sin preservativo con otra y sin haberle avisado de que padecía la enfermedad.

⁵⁰⁸ BRUNS, MDR 87, p. 356; el mismo, NJW 87, p. 2282; HERZOG/NESTLER-TREMEL, StV 87, p. 370; JAKOBS, PG, 21/78 a; PRITTWITZ, JA 88, p. 433; SCHEUERL, AIDS, pp. 210 ss.

decir, el contagio es típico si un matrimonio o una pareja que tiene una relación estable con asunción de fidelidad (por ejemplo, un noviazgo en sentido tradicional) mantiene relaciones sexuales habituales, desconociendo uno de los cónyuges o de los novios que el otro no mantiene sus promesas de fidelidad. En este caso los riesgos que corre uno de los miembros de la pareja son imputables al que no informa de que no está cumpliendo con sus promesas de exclusividad en cuanto a las relaciones sexuales y de que, por tanto, es una fuente de peligros. Se trataría de una autoría mediata en la que el « instrumento » desconoce la situación de riesgo por razones imputables al « hombre de atrás » por tener éste una posición de garante asumida⁵⁰⁹. Más problemática es la imputación de riesgos cuando no existen, en principio, posiciones de garantía. En mi opinión, existe una « actuación a propio riesgo » cuando la víctima no sólo conoce el peligro abstracto que encierra toda relación sexual sin adoptar las medidas profilácticas recomendadas por los especialistas y las autoridades, sino que tiene a su alcance determinados datos objetivos que hacen que exista una probabilidad superior a la normal de contagio⁵¹⁰. Por ejemplo,

509 -----
DÖLLING, JR 90, p. 477.

510 DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 223 s.; HERZOG/NESTLER-TREMEL, StV 87, p. 369; JAKOBS, PG, 21/78 a; el mismo, *Imputación*, pp. 111 s.; KREUZER, ZStW 100, p. 801; LUZON PEÑA, SIDA, p. 16, al considerar que es impune realizar un acto sexual con un portador seguro o probable y en cambio esa relación es típica si la víctima no sabe que está tratando sexualmente con una persona infectada o no sospecha que pertenece a un grupo de riesgo; SCHÜNEMANN, SIDA, p. 45 y *Probleme des AIDS-Komplexes*, pp. 114 s., con una posición más restrictiva que la del texto.

Plantea sus dudas PRITTWITZ, NJW 88, p. 2943.

KREUZER refleja los datos de una encuesta llevada a cabo en ámbitos estrechamente relacionados con el mundo de la droga, conforme a los cuales los clientes que solicitan servicios sexuales a prostitutas llegan a pagar el doble por tener contactos sexuales sin preservativo (vid. también HERZOG/NESTLER-TREMEL, StV 87, p. 361).

BRUNS, MDR 87, p. 356; el mismo, NJW 87, pp. 2282, en un sentido más amplio, considera que toda relación sexual que no sea monogámica encierra un peligro que convierte ese supuesto en un supuesto de « actuación a propio riesgo » que descarga al autor de responsabilidad. No creo que se pueda calificar como « imprudente » o « irracional » toda relación sexual que no está precedida de un largo proceso de conocimiento sobre la vida y hábitos del otro. El dato fáctico de que la mejor protección contra el contagio del virus VIH es la que puedan adoptar las personas no contagiadas consigo mismas, no debe conllevar una valoración jurídica en la que toda la carga de la evitación del contagio corra a cargo de la víctima. Ello supondría una alteración de la comprensión tradicional de los delitos puros de resultado. Aquí nos preocupa la cuestión del alcance del tipo, no la promoción de la política sanitaria más adecuada. En este caso se pueden contemplar los problemas que conlleva una valoración del tipo desde consideraciones puramente victimológicas. En contra también de la posición de BRUNS, HERZBERG, NJW 87, p. 2284; MAYER, JuS 90, p. 787; PRITTWITZ, JA 88, p. 433. Estos autores tienen buenos motivos para oponerse a la posición de BRUNS ya que este autor no ofrece argumentos dogmáticos sólidos sino que acude a los efectos contraproducentes que la opinión contraria puede tener para una correcta política de prevención sanitaria basada en la autoprotección. Por tanto, no justifica porqué estos casos no siguen la regla general de imputación de lesiones y homicidios. BRUNS sólo hace referencia en su argumentación a datos fácticos y no a datos normativos que tengan que ver con el alcance del tipo. Además, aunque éste ya sea un argumento secundario, su referencia a los efectos contraproducentes de la posición contraria en la lucha contra la enfermedad carece de una mínima fundamentación científica o estadística.

En contra de la posición de los autores citados al principio de la nota, de la de BRUNS, y de la mantenida en el texto, ARLOTH, NSZ 87, p. 409; DREHER/TRÖNDLE, StGB 222/15 b, con más referencias; GEPPERT, Jura 87, p. 671; HERZBERG, JZ 89, pp. 473 s.; el mismo, SIDA, pp. 130 ss.;

se mantienen relaciones sexuales sin preservativo con una prostituta⁵¹¹ o con una persona de la que se tienen datos sobre su promiscuidad. Es más que dudoso que se pueda hablar de que se mata o se causa una lesión cuando alguien mantiene una relación sexual sin preservativo con una persona a la que ha conocido pocas horas antes por casualidad y que es evidente que suele llevar a cabo ese tipo de conductas⁵¹². Para que exista una autoría mediata y la situación de riesgo sea imputable al « hombre de atrás » es preciso que la víctima crea que no existe una mayor probabilidad que la habitual de contraer la enfermedad⁵¹³. El mero hecho de constatar que uno de los participantes en la relación tiene un mejor conocimiento del peligro que encierra la misma no es suficiente, en mi opinión, para imputarle el riesgo⁵¹⁴. En aquellos casos en los que el detentador de los bienes jurídicos lesionados no tiene a su alcance motivos objetivos suficientes para reconocer la situación concreta de peligro, no se puede considerar como « imprudente »

MEIER, GA 89, pp. 221 s.; PORTILLA, CPC 91, p. 734; PRITTWITZ, JA 88, pp. 433 ss., que se centra en los argumentos de HERZOG y NESTLER-TREMEL; RENGIER, Jura 89, p. 230.

⁵¹¹ En estas situaciones el cliente no tiene ningún motivo para esperar que la relación sea « amistosa », sino que más bien debe considerarla conflictiva y hasta « enemistosa ».

⁵¹² Si alguien considera que no es asumible excluir la imputación de la muerte o las lesiones, al menos se debe admitir una aplicación analógica del art. 155 C. P. en beneficio del reo y atenuar la pena en uno o dos grados. De esta manera en el art. 142, por ejemplo (homicidio por imprudencia grave), la pena se podría rebajar por debajo de los 6 meses.

⁵¹³ JAKOBS, PG, 21/78 a.

⁵¹⁴ En contra, ARLOTH, NStZ 87, p. 409; BRUNS, NJW 87, p. 694; DREHER/TRÖNDLE, StGB 222/15 b; EBERBACH, JR 86, p. 231; el mismo, ZRP 87, p. 398; FRISCH, JuS 90, p. 370; HELGERTH, NStZ 88, p. 262; KUNZ, SchwZStR 90, pp. 55 s., con más referencias; LUZON, SIDA, p. 16; MEIER, GA 89, p. 222, considerando que sólo existe una « actuación a propio riesgo » cuando existe una congruencia entre el riesgo creado y el riesgo que conoce la víctima; PRITTWITZ, JA 88, pp. 431 ss.; RENGIER, Jura 89, p. 230; ROXIN, PG, 11/101; SCHERF, AIDS, pp. 76 ss.; SCHEUERL, AIDS, pp. 215 ss.; SCHÜNEMANN, Rechtsprobleme, p. 492; el mismo, JR 89, p. 91; el mismo, SIDA, pp. 43 s.; el mismo, Probleme des AIDS-Komplexes, pp. 110 ss., afirmando que « un espacio de juego para la interpretación capaz de algún modo de absorber los puntos de vista político-criminales sólo puede hallarse, pues, en las dos alternativas siguientes: que los dos integrantes de la pareja sexual actúen igualmente con imprudencia o con dolo respecto al resultado de infección »; BGHSt 36, pp. 1 ss.

Como señala SCHÜNEMANN, la doctrina alemana se ve amparada en su postura por el Derecho positivo, que hace necesario calificar como autor mediato al que facilita o motiva un hecho imprudente abarcando de forma dolosa las consecuencia del hecho imprudente. Es decir, la doctrina alemana utiliza las mismas reglas de imputación al « hombre de atrás » que las que se utilizan para la imputación de delitos. Es consecuente. Como ya expuse en mi tratamiento de la autoría mediata nuestro Derecho positivo no encierra esas exigencias y las reglas de imputación al « hombre de atrás » pueden ser distintas. De hecho, en mi opinión son distintas. Cabe la participación en un hecho imprudente abarcado dolosamente. No basta para ser autor mediato abarcar dolosamente el comportamiento de otro. Existen otros requisitos objetivos (tipo objetivo de la autoría mediata). Sistemáticamente, la postura de la doctrina alemana es perfectamente defendible. Sin tener en cuenta las exigencias sistemáticas del Derecho positivo alemán, las conclusiones de la doctrina alemana no son atendibles. Lo que sucede es que lo que hace la doctrina mayoritaria es reconocer que no existe una autoría directa o inmediata en supuestos de « actuación a propio riesgo » por faltar los requisitos objetivos del tipo, por lo que tiene que acudir a la figura de la « autoría mediata ». En mi opinión, en el Derecho español hay que negar la autoría directa tal y como se expone en el texto, y lo que en Alemania se entiende como autoría mediata en España ha de entenderse como el equivalente a una participación dolosa en un hecho imprudente (en este caso en una autolesión imprudente). Por tanto, dicha conducta a de considerarse impune, por no poder definirse, como ya he defendido, como cooperación necesaria o inducción a un suicidio.

mantener relaciones sexuales sin esperar a mantener una relación sentimental especialmente intensa (por ejemplo, alguien decide tener una relación sexual extramatrimonial con su secretaria sin tener datos relevantes de su vida privada). Es cierto que cuantas menos relaciones sexuales se mantengan, menos peligro existe, pero aunque se trate de un medio útil y practicable de defensa frente a este tipo de riesgos, no resulta « irrazonable » no seguir ese camino de castidad. La enorme casuística que pueden generar las diversas variantes no pueden ser tratadas en este trabajo que tiene otras pretensiones. Para finalizar esta cuestión, quería puntualizar que no cabe duda de que todo contacto sexual con inimputables por parte de una persona que tiene la enfermedad supone un riesgo típico⁵¹⁵, no pudiéndose extender la imputación al « hombre de atrás » a supuestos en los que la víctima es mayor de edad pero todavía no ha alcanzado una madurez suficiente o situaciones equivalentes a las de semiinimputabilidad⁵¹⁶.

6. Conclusión: el límite de los tipos de homicidio y lesiones se encuentra en el carácter descuidado de la actuación de la persona perjudicada. Al igual que el dolo de lesión (consentimiento) es relevante a efectos del alcance del tipo, también el descuido de la víctima frente a esa lesión debe tener relevancia para el alcance del tipo objetivo, no sólo para el tipo subjetivo (determinación del deber de cuidado). Por ello la « actuación a propio riesgo » es un instituto que afecta por igual al injusto doloso y al injusto imprudente. Evidentemente, calificar una conducta como descuidada implica una valoración que hace difícil determinar con exactitud matemática el alcance del tipo. Pero la dificultad no es mayor que cuando hay que calificar una conducta como homicidio o lesiones imprudentes. En mi opinión, los criterios para determinar la falta de cuidado del perjudicado son los mismos que para determinar la falta de cuidado del que causa un resultado lesivo para otra persona. Por ejemplo, no es suficiente la posibilidad psicofísica de evitar la lesión. Por ello me remito a las consideraciones que desarrollaré en el Capítulo 5º. Y en estos casos tampoco es suficiente con que la persona perjudicada se comporte imprudentemente, sino que el resultado lesivo debe ser imputable a su imprudencia. De lo contrario, su imprudencia no tendrá nada que ver con la lesión, sino que la lesión se producirá sólo con ocasión de la « actuación a propio riesgo », lo que carece de efectos jurídicos. Para esta cuestión de la imputación del resultado me remito a las consideraciones que desarrollaré en el Capítulo 6º.

VI. Conclusiones

⁵¹⁵ LUZON, SIDA, p. 16; MEIER, GA 89, p. 220; SCHEUERL, AIDS, pp. 195 ss.

⁵¹⁶ En sentido contrario al texto, SCHÜNEMANN, Rechtsprobleme, pp. 478 ss.

1. El tipo objetivo en los delitos puros de resultado no se encuentra determinado simplemente por la relación de causalidad. Es preciso tener en cuenta otros datos, como el de la incumbencia por el riesgo (en los delitos de comisión, la creación del riesgo y en los de comisión por omisión, el fundamento de las posiciones de garante) y el principio de autorresponsabilidad, que tiene que ver también con la idea de « incumbencia o competencia ». Además, hemos visto como este enriquecimiento del tipo objetivo no sólo sirve para interpretar los diversos tipos de la parte especial (tipos de autoría), sino también la regulación de las diversas formas de participación, cuyo tipo objetivo se ha visto también tradicionalmente reducido a la relación de causalidad entre partícipe y resultado. El resto de los problemas del tipo tienen que ver con una interpretación teleológica y sistemática de la formulación de los diversos tipos concretos, tal y como se viene haciendo tradicionalmente en los estudios de la parte especial. A partir de esta comprensión del tipo objetivo, la problemática particular de la imputación del resultado, que afecta a la minoría de los tipos penales, tiene una solución relativamente fácil, como intentaré exponer en el siguiente capítulo. Evidentemente, la facilidad afecta a los criterios generales, no a los casos particulares, como desarrollaré a continuación.

QUE EN EL DIA DE
RECEBE TESIS

Apto cum laude
per unanimidad

11 Sept. 1987

Fri. Ley. Ab.

~~Handwritten signature~~

Guillermo R. R. ~~Handwritten signature~~

~~Handwritten signature~~

Agustín M. ~~Handwritten signature~~